



**La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIIIe au XXIe
siècle : institutions totalitaires ou services publics ?
Contribution à l'étude de la privation de liberté et du
paradigme de l'institution totale**

Caroline Mandy

► **To cite this version:**

Caroline Mandy. La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIIIe au XXIe siècle : institutions totalitaires ou services publics ? Contribution à l'étude de la privation de liberté et du paradigme de l'institution totale. Droit. Université de Nantes, 2011. Français. <tel-00834906>

HAL Id: tel-00834906

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00834906>

Submitted on 17 Jun 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PRISON

ET

L'HOPITAL PSYCHIATRIQUE

DU XVIII^E AU XXI^E SIECLE :

INSTITUTIONS TOTALITAIRES

OU SERVICES PUBLICS ?

Contribution à l'étude de la privation de liberté en France et du
paradigme de l'institution totale

UNIVERSITE DE NANTES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

ECOLE DOCTORALE : *DROIT, ECONOMIE-GESTION, SOCIETES, TERRITOIRES*

Année 2011

N° attribué par la bibliothèque
!_!!_!!_!!_!!_!!_!!_!!_!!_!

THESE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE NANTES

Discipline : **Droit public**

présentée et soutenue publiquement
par

Caroline MANDY

le 30 juin 2011

**LA PRISON ET L'HOPITAL PSYCHIATRIQUE DU XVIII^e AU XXI^e SIECLE :
INSTITUTIONS TOTALITAIRES OU SERVICES PUBLICS ?**

**Contribution à l'étude de la privation de liberté en France et du paradigme
de l'institution totale**

Directeur de thèse :

Monsieur **Emmanuel CADEAU**, Maître de conférences à l'Université de Nantes (HDR)

JURY

Madame **Anne LAUDE**, Professeur à l'Université René Descartes (ParisV) - *Rapporteur*

Monsieur **Grégoire BIGOT**, Professeur à l'Université de Nantes

Monsieur **Emmanuel CADEAU**, Maître de conférences à l'Université de Nantes (HDR)

Monsieur **Jacques CHEVALLIER**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) - *Rapporteur*

Monsieur **Jean DANET**, Maître de conférences à l'Université de Nantes (HDR)

Monsieur **Didier TRUCHET**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**« *La liberté des uns commence là où s'arrête celle des autres* »
(proverbe français)**

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

A la mémoire de Jean-Yves VINCENT,

A mes parents,

*A P.,
dont les facéties et la joie de vivre ont toujours su me rappeler à la réalité terrestre.*

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS

LISTE DES ACRONYMES ET ABREVIATIONS UTILISES

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE :

**Un état des lieux historico-juridique de la gestion de la privation de liberté :
construction et prénance du paradigme de l'institution totale**

TITRE I : Le paradigme de l'institution totale

Chapitre 1 : Naissance du paradigme

Chapitre 2 : L'âge d'or du paradigme

Conclusion du titre I

TITRE II : La déconstruction du paradigme de l'institution totale.

Réagencement pour un nouveau modèle

Introduction : Aperçu historique général : déconstruction du paradigme dans le
discours, résistances dans la pratique

Chapitre 1 : La perte de l'autarcie matérielle

Chapitre 2 : La perte de l'autarcie juridique

Conclusion du titre II

CONCLUSION DE PARTIE I

SECONDE PARTIE :

Lecture fonctionnelle de l'évolution institutionnelle :

Les institutions privatives de liberté face aux pouvoirs publics et à l'individu

TITRE I : Les institutions privatives de liberté progressivement saisies par le droit public : de l'institution totale au service public

Chapitre 1 : L'institution totale mode de gestion naturel de la privation de liberté

Chapitre 2 : Le service public, mode de gestion moderne de la privation de liberté

Conclusion du titre I

TITRE II : De l'homme animalisé au citoyen administratif : les institutions privatives de liberté face à l'individu

Chapitre 1 : Le processus décisionnel :

de l'enfermement à la liberté sous contrôle

Chapitre 2 : La définition des rapports de l'individu à l'institution au gré des
époques : de la négation à la reconnaissance de la personne et du
citoyen

Conclusion du titre II

CONCLUSION DE LA PARTIE II

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE JURISPRUDENCE

TEXTES NORMATIFS

INDEX

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS

C'est sur la mémoire de Jean-Yves VINCENT que je tiens à ouvrir ces remerciements, dont l'âme plane au-dessus de ce travail qu'il a à peine vu s'engager et dont les premiers conseils sont restés comme des lanternes toujours vives tout au long de ma réflexion.

Tous mes remerciements vont en premier lieu à Emmanuel CADEAU, mon dévoué directeur de recherches qui a su m'accompagner avec toute la rigueur intellectuelle qui le caractérise allée à une chaleur humaine si communicative. Merci surtout, pour cet optimisme si réconfortant dans les moments de découragement et pour cette philosophie de la vie instillée par petites touches à chaque fois que besoin s'en est fait sentir. Il a donné une autre dimension à cette étude, débordant le seul intérêt scientifique, en me montrant, au-delà de ce travail, la profondeur introspective de ce type de recherches. C'est un don inattendu et précieux.

Toute ma reconnaissance va également à un certain nombre de professionnels de terrain ou professeurs, pour leur disponibilité et leur gentillesse lorsque j'ai été amenée à les solliciter :

— Madame GRABOY-GROBESCO, infirmière diplômée d'Etat de l'Education Nationale ayant travaillé plusieurs années en psychiatrie, qui, par ses réponses précises et sans masque, m'a apporté de précieuses informations de terrain introuvables dans les livres,

— Madame Martine HERZOG-EVANS, Professeur de droit pénal à l'Université de Reims, qui a accepté de mettre à ma disposition, le temps d'un entretien, sa profonde connaissance des arcanes du monde pénitentiaire avec ce regard de théoricienne acéré qui fait sa renommée dans le monde universitaire,

— Madame Simone LAGARDE, Directrice adjointe au CHU de Nantes (hôpital Saint-Jacques), qui a su trouvé deux longues heures d'entretien dans un emploi du temps pourtant surchargé pour s'engager avec entrain dans un échange mettant à l'épreuve toute ma théorie par sa large connaissance du terrain, due à son expérience quotidienne en matière d'administration hospitalière et plus spécifiquement dans une importante structure psychiatrique,

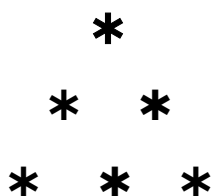
— Monsieur Wilfrid MARTINEAU, chef du service de Psychiatrie 2 à l'Hôpital Saint-Jacques de Nantes, qui n'a pas hésité à m'ouvrir les portes de ses unités pour un stage de quatre jours dans son service. Lui-même ainsi que toute son équipe ont toujours trouvé le temps, malgré

un emploi du temps quotidien serré, de répondre à mes nombreuses interrogations sans réticences et même avec un certain enthousiasme,

— Monsieur Boris TARGE, Secrétaire national adjoint du Syndicat national des Directeurs pénitentiaires, qui s'est laissé questionner avec une réelle passion et une vraie générosité ; son ouverture d'esprit et sa franchise m'ont amené à renouveler mon regard sur la situation carcérale et sur le fonctionnement de l'administration pénitentiaire dans le cadre de ce proluxe échange d'une grande richesse intellectuelle.

Je remercie vivement Jacques FIALAIRE, directeur du laboratoire Droit et Changement Social (DCS) à l'Université de Nantes, qui, à travers cette fonction mais aussi celles d'enseignant sous la houlette duquel j'ai travaillé en tant que chargée de Travaux Dirigés durant toutes ces années, a toujours fait preuve d'une vraie sollicitude et d'un soutien sans atermoiement. Merci à tous ceux qui, au sein de l'Université (enseignants, personnel de DCS comme de la bibliothèque universitaire), par leur disponibilité, leur chaleur humaine et leur bonne humeur, ont participé à leur manière à cette longue entreprise.

Toute ma reconnaissance va enfin, et surtout, à mes parents, sans lesquels ce travail n'aurait pu voir le jour. Merci pour ce soutien moral indéfectible et cet encouragement continu qui m'ont permis de traverser sans fléchir toutes les périodes de doutes et de remises en cause.



LISTE DES ACRONYMES ET ABREVIATIONS UTILISES

AFNOR	: Association Française de NORmalisation
ANAES	: Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé
ANDEM	: Agence Nationale pour le Développement et l'Evaluation Médicale
ARH	: Agence Régionale d'Hospitalisation
ARS	: Agence Régionale de Santé
CA	: cour d'Appel
CAA	: Caour Administrative d'Appel
CADA	: Commission d'Accès aux Documents Administratifs
Cass	: Cour de cassation
CC	: Conseil Consitutionnel
CDHP	: Commission Départementale des Hospitalisations Psychiatriques
CDSP	: Commission Départementale des Soins Psychiatriques
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CGLPL	: Contrôleur Général des Lieux de Privation de liberté
Cour EDH	: Cour Européenne des Droits de l'Homme
CP	: Code Pénal
CPP	: Code de Procédure Pénale
CPT	: le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CHR	: Centre Hospitalier Régional
CHS	: Centre Hospitalier Spécialisé
CHU	: Centre Hospitalier Universitaire
CMU	: Couverture Médicale Universelle
CNCDH	: Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CNDS	: Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité
CNIL	: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNO	: Centre Nationbal d'Observation
CSP	: Code de la Santé Publique
CURAPP	: Centre Universitaire de recherches Administratives et Politiques de Picardie
DDASS	: Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales
DDHC	: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
DPS	: comme Détenu Particulièrement Signalé
DRAC	: Direction Régionale des Afffaires culturelles
DRASS	: Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales
DUDH	: Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
ENAP	: Ecole Nationale de l'Administration Pénitentiaire

ERIS	: Equipes Régionales d'Intervention et de Sécurité
FAED	: Fichier Automatisé des Empreintes Digitales
FIJAIS	: Fichier Judiciaire national automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles et violentes
FNAEG	: Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques
Gr. Chb.	: Grande Chambre
HAS	: Haute Autorité de Santé
HDT	: Hospitalisation sur Demande d'un Tiers
HL	: Hospitalisation Libre
HO	: Hospitalisation d'Office
HSC	: Hospitalisation Sous Contrainte
IGAS	: Inspection Générale des Affaires Sociales
ISP	: Inspection des Services Pénitentiaires
JLD	: Juge des Libertés et de la Détention
JUDEX	: système JUDiciaire de Documentation et d'EXploitation
OIP	: Observatoire International des Prisons
PIDCP	: Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
PIDESC	: Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels
PSE	: Placement sous Surveillance Electronique
PSEM	: Placement sous Surveillance Electronique Mobile
QHS	: Quartie de Haute Sécurité
QPGS	: Quartiers de plus grande sécurité
QSR	: Quartiers de Sécurité Renforcée
RIEP	: Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires
SMPR	: Service Médico-Psychiatrique Régional
SPIP	: Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation
SSJ	: Suivi Socio-Judiciaire
STIC	: Système de Traitement des Infractions Constatées
SROS	: Schéma Régional d'Organisation Sanitaire / Schéma Régional d'Organisation des Soins
TA	: Tribunal Administratif
Tr. Cflits	: Tribunal des Conflits
UCSA	: Unité de Consultations et de Soins Ambulatoires
UE	: Union Européenne
UHSA	: Unité Hospitalière Spécialement Aménagée
UHSI	: Unité Hospitalière Sécurisée Interrégionale
UMD	: Unité pour Malades Difficiles
UPSI/USIP	: Unité Psychiatrique de Soins Intensifs
UVF	: Unité de Vie Familiale

LISTE DES ABREVIATIONS DES NOMS DE REVUE

AJDA	: L' Actualité Juridique de Droit Administratif
AJFamille	: Actualité Juridique. Famille
AJP	: Actualité Juridique. Pénal
BOMJ	: Bulletin Officiel du Ministère de la Justice
BOMS	: Bulletin Officiel du Ministère de la Santé
Bull. Civ I	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Première chambre civile
Bull. Civ II	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Deuxième chambre civile
Bull. Crim	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre criminelle
EDCE	: Etudes et Documents du Conseil d'Etat
GAJA	: Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
JCP G = JCP	: La Semaine juridique. Edition générale
JCP A	: La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales
JO = JORF	: Journal Officiel de la République Française
LPA	: Les Petites Affiches
RAJF [en ligne]	: Revue de l'Actualité Juridique Française
Recueil Dalloz	= Recueil Sirey = Recueil Dalloz Sirey = Dalloz périodique
Recueil des décisions du CC	: Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel
Rec. Lebon	= Recueil des décisions du conseil d'Etat
RDP	: Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	: Revue de Droit Sanitaire et Social
RFAP	: Revue Française d'Administration Publique
RFDA	: Revue Française de Droit Administratif
RFDC	: Revue Française de Droit Constitutionnel
RGDM	: Revue Générale de Droit Médical
RPDP	: Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal. Bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle
RSC	: Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé
RTDC	: Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDH	: Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RTDSS	: Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social (devient RDSS)

INTRODUCTION

GENERALE

*« Quand vous nous quitterez,
il faudra oublier absolument tout ce que vous avez vu,
l'effacer de votre esprit aussi complètement
que si ça n'avait pas existé.
Il faudra vivre comme tout le monde
[...] »*

Janet FRAME, *Visages noyés*, Paris, Payot et Rivages,
coll. « Rivage poche », 2004 (1964), p. 309

La prison comme l'asile psychiatrique sont des lieux lourds en mythes et fantasmes, lieux de toutes les infamies légales portées à l'encontre des individus, lieux d'exclusion que chacun rejette comme inhumains mais dont on ose difficilement nier la nécessité.

La problématique de la privation de liberté ici développée tient ainsi dans un quadrilatère délimité par les deux institutions, pénitentiaire et psychiatrique, et les paradigmes théoriques qu'elles mettent en oeuvre durant les trois siècles considérés, à savoir, au plan institutionnel, l'institution totale et le service public ou, sur un plan plus métaphorique, le « modèle » et la « règle »¹.

Du « modèle » à la « règle », dira-t-on en effet ; du carcan normalisateur des esprits et des comportements au filet juridique vecteur de liberté, tel sera donc le parcours juridique accompli dans le présent travail. Dans les deux cas, le droit, au sens de *corpus* de règles impératives, est présent, mais sa forme castratrice dans le premier, coule vers une force libératoire dans le second.

Aborder la privation de liberté dans ce cadre implique de l'aborder dans son phénomène sociétal, dans ses répercussions individuelles, notamment pour les personnes privées de liberté, et avant tout dans son phénomène institutionnel. C'est donc toujours sur un double tableau qu'il faudra se placer, sautant des moyens – les institutions privatives de liberté carcérale et psychiatrique –, aux sujets de cette privation de liberté – les « enfermés », à savoir les détenus et les hospitalisés sous contrainte – plus largement les délinquants ou présumés tels et les « fous »².

L'ensemble de ce champ d'étude et de ces termes imposent explication (I). Faisant ressortir les noeuds d'intérêt juridique devant arrêter l'attention du juriste, ce jeu de définitions et de délimitation du champ d'étude amène à la formulation de la problématique générale de ce travail (II) et à la thèse soutenue pour tenter d'y répondre (III).

Un dernier point doit être signalé : il n'aura pas échappé au lecteur familier des thématiques abordées dans ce travail l'effervescence législative et réglementaire dont sont saisis depuis deux ans les deux mondes ici étudiés. Cette dernière n'a fait que s'intensifier dans les six derniers mois, alors même que nous avons achevé la rédaction de cette étude. Si, en conséquence, nous avons eu à coeur de tenir à jour, par de régulières et fréquentes actualisations, ce travail, il fut difficile, à quelques semaines de son dépôt, d'intégrer les décrets d'application de la loi du 24 novembre 2009, attendus plus d'un an et inopinément publiés, enfin, au Journal officiel du 28 décembre 2010³. Ils ont quasi intégralement recodifié le Code de procédure pénale en ce qui concerne le droit

¹ Nous reprenons à Madame CHOAY ce couple mis en opposition et à Danièle LOCHAK l'idée de l'utiliser dans le cadre de l'institution totalitaire. Seulement, nous différerons un peu sur la portée donnée au paradigme de la règle, son intérêt actuel par rapport aux analyses de Françoise CHOAY. Cf. *infra*, p. 16, nos explications sur ce point. (cf. F. CHOAY, *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Paris, Ed. du Seuil, rééd. revue et corrigée 1996 (1980), note p. 30, pp. 175-186 et p. 347 et D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP), *L'institution*, Paris, PUF, 1981, p. 128, note 8).

² Le terme de « fou » n'est pas un terme scientifique. Il sera donc utilisé avec parcimonie dans cette étude, désignant par là davantage un regard porté sur l'individu alors même que l'on parle de lui en tant que sujet. Il définit, dans ces cas-là, sous notre plume, l'individu stigmatisé comme « fou » par l'opinion publique et éventuellement par les autorités médicales d'époque, alors que cette stigmatisation vise à souligner un décalage par rapport à la normalité et à des normes comportementales établies pour une société donnée *d'avantage* qu'elle ne s'appuie sur de véritables critères scientifiques médicaux et psychologiques. Le champ couvert par le terme de « fou » est donc plus large, lorsque nous l'employons, que celui de personnes atteintes de troubles psychiques, soit que l'on veuille désigner la folie et les personnes qui en sont atteintes à travers les siècles, dans toute l'imprécision que cet ensemble englobe, soit que l'on veuille clairement signifier le caractère moins scientifique que polémique de certaines positions sociétales ou certaines politiques appliquées ou proposées encore actuellement.

³ Décrets n°2010-1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) » et n°2010-1635 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) ».

pénitentiaire et les conditions de détention. Dans la mesure du possible, nous avons donc, d'une part, introduit cette nouvelle numérotation à notre travail et, d'autre part, tiré les conclusions d'une étude rapide de ces nouveaux textes. En conséquence, cette étude n'a pas été aussi approfondie qu'il aurait été souhaitable et, en outre, nous n'avons pu réintroduire tous les changements, notamment concernant la renumérotation, dans la fluidité de nos développements. Parti a été pris, dès lors, d'introduire autant que possible les commentaires les plus importants dans le texte-même et, lorsque les modifications étaient d'ordre moindre et tenaient surtout à des problèmes de numérotations, à le signaler par une note attachée au titre du paragraphe. De même, dans notre second domaine de prédilection qu'est la psychiatrie, c'est la loi principielle, le cadre porteur de tout le droit concernant les hospitalisations en psychiatrie dont la refonte profonde est en cours d'examen devant les assemblées parlementaires. Nous avons eu à cœur, cette fois encore, de rester au plus près du droit constant, émettant des premières analyses sur les projets successifs soumis aux parlementaires. Néanmoins, l'art divinatoire en droit n'étant point encore reconnu comme scientifique, nous laissons à un futur article le soin de porter nos réflexions et études approfondies sur la loi à venir, devenue alors un texte abouti et notre nouveau droit positif en matière d'hospitalisation psychiatrique.

I. LE CHAMP DE L'ETUDE :

LA PRIVATION DE LIBERTE, ENTRE PRISON ET FOLIE

La privation de liberté ici considérée désigne le retrait à un individu de sa faculté d'aller et venir librement. Il ne s'agit pas de se cantonner au seul champ pénal, auquel cette expression renvoie généralement d'instinct ; l'expression est ici adoptée pour balayer un champ plus large en y alliant également l'hospitalisation sous contrainte (HSC). Ce sont dans les deux cas des privations de liberté voulues et organisées par les pouvoirs publics et la loi, reconnues comme légitimes et même nécessaires dans des sociétés libérales et démocratiques.

Tout l'intérêt de s'appuyer sur cette définition élargie est de s'extraire d'une problématique univoque et particulière à une forme précise de privation de liberté pour faire ressortir les constantes de la privation de liberté en elle-même, dans sa dimension phénoménale primaire de retrait de liberté.

Il ne s'agit pas de se cantonner au seul enfermement *stricto sensu*. Tout l'objet de cette étude est de souligner la filiation entre la séquestration complète et la mise sous contrôle de la liberté d'aller et venir, privation de liberté plus souple mais aussi plus insidieuse qui prend son essor dans la société contemporaine. Ceci concerne deux populations : d'une part, la population délinquante ou celle des personnes jugées à surveiller par l'autorité judiciaire et d'autre part, celle des personnes atteintes de troubles psychiques ayant connu ou connaissant l'HSC⁴. La privation de liberté recouvre enfin deux dimensions, qui seront toutes deux étudiées car intrinsèquement liées : à la fois celle de la décision de privation de liberté et celle de la mesure de privation de liberté en tant qu'exécution de cette décision, prise en charge, gestion de l'individu à qui on a retiré cette liberté. Elles doivent être très nettement différenciées alors même qu'elles interagissent inévitablement : la première amène inexorablement la seconde et peut avoir des conséquences sur la détermination précise du mode d'exécution et sur son déroulement ; la seconde pouvant en retour influencer l'évolution de la première. « Décision de privation de liberté » recouvre en effet ici l'ensemble du processus décisionnel et procédural, depuis la décision primaire d'enfermement - ou éventuellement de mise sous contrôle - jusqu'à celle de fin de la mesure.

Ce sont donc deux institutions, celle pénitentiaire et celle psychiatrique, ainsi que les deux populations privées de liberté qui leur correspondent, les détenus et les personnes hospitalisées sous

⁴ Nous introduisons dans cette population d'étude les personnes qui, si le projet de loi de mai 2010 est adopté en l'état, seront soumises non plus à une HSC mais à des soins obligatoires tout en conservant leur liberté d'aller et venir. Ces personnes peuvent en effet être considérées comme « passibles d'une HSC », pouvant, sur simple décision du psychiatre qui les suit, voir leur régime se transformer en HSC. En outre, ces personnes appartiennent bien encore, sous l'empire de l'actuelle loi, aux groupes de personnes du ressort de l'HSC. Cf. développements *infra*, le contenu de projet de loi du 5 mai 2010 « relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge »

contrainte, qui seront au coeur de cette étude⁵. Il s'agira cependant de se cantonner à cette dimension restrictive de liberté de l'institution. En psychiatrie, c'est donc bien aux seuls hospitalisés sous contrainte que l'on s'intéresse et non à l'ensemble de la population prise en charge par l'institution, dont une part importante la fréquente en tout consentement. La situation de l'institution carcérale est plus simple sur ce plan, puisqu'elle ne reçoit, de l'essence même de la mesure, que des personnes dont le consentement n'a pas été recherché, que ces dernières soient des prévenus ou des condamnés. Ces deux sous-catégories spécifiques à cette seconde institution, remplissant les critères minimaux propres à notre étude de la privation de liberté sans consentement, seront par contre toutes deux objets de notre attention. Un autre parti pris a été d'éliminer de ce travail la question des mineurs, leur cas recouvrant des spécificités compliquant à outrance un sujet en soi déjà complexe. Ces élagages n'ont néanmoins pas interdit des références faites à ces différentes catégories écartées – personnes en hospitalisation libre dans le cadre psychiatrique ou mineurs dans les deux cas – à titre comparatif, pour éclairer ou pour souligner de manière plus explicite des positions ou orientations institutionnelles sur certains points.

L'institution totale, pour sa part, est l'élément fondateur originel de ce travail, l'une de ses trames de fond. Elle est définie par Erving GOFFMAN comme « [...] *un lieu de résidence et de travail où un grand nombre d'individus, placés dans la même situation, coupés du monde extérieur pour une période relativement longue, mènent ensemble une vie recluse dont les modalités sont explicitement et minutieusement réglées.* »⁶ Concept paradigmatique, il est l'aboutissement d'une appréhension de la privation de liberté par enfermement, permettant au minimum de neutraliser l'individu et de l'éliminer, au moins pour un temps, de la société, ainsi que, en créant un microcosme spécialisé, de le rééduquer ou de le soigner de manière appropriée. Il est aussi la mise en pratique idéal-typique du concept de « modèle » tel qu'utilisé par Françoise CHOAY⁷ : normalisation des êtres humains que l'institution reçoit, une normalisation consubstantielle au fonctionnement hyper-normé d'une institution ne laissant pas de place au libre choix de l'individu reclus. La vie interne y est réglée dans ses plus infimes détails « [...] *selon un programme strict, en sorte que toute tâche s'enchaîne avec la suivante à un moment déterminé à l'avance, conformément à un plan imposé d'en haut par un système explicite de règlements dont l'application est assurée par une équipe administrative. Les différentes activités ainsi imposées* [dormir, se distraire et travailler, activités qui forment la trame occupationnelle de la vie humaine tout en étant, selon GOFFMAN, des activités que l'on exécute en général dans des lieux et avec des partenaires différents dans les sociétés libérales « modernes » pour reprendre ses termes⁸] *sont [...] regroupées selon un plan unique et rationnel, consciemment conçu pour répondre au but officiel de l'institution* »⁹.

C'est à ce niveau que, de totale, l'institution devient représentative d'un phénomène totalitaire en puissance. On retrouve dans ce caractère une dimension d'emprise sur l'individu caractéristique des régimes du même nom : il faut dominer l'ensemble des aspects de la vie, autant

⁵ L'Infirmier Psychiatrique de la Préfecture de police de Paris (IPPP) n'est par contre pas incluse, restant un lieu à statut particulier et suffisamment spécial pour ne pas rentrer dans cette étude à visée généraliste dans le domaine en lui-même singulier de la privation de liberté dans les champs pénal et psychiatrique.

⁶ E. GOFFMAN, *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, trad. Les éditions de minuit, coll. « Le sens commun », 1968, p. 41

⁷ Dans son ouvrage *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, l'auteur mène une étude historique poussée sur les écrits et discours théoriques « instaurateurs » sur l'urbanisme et l'architecture, y édifiant deux paradigmes correspondant à ses deux textes-souche, la « règle » d'une part, le « modèle » d'autre part. Elle y démontre le caractère très embrigadant et hégémonique autant du paradigme de la « règle » que de celui du « modèle », même si la « règle » se montre vectrice d'un champ de créativité et plus souple que le « modèle » standardisateur. Déplorant cet état de la théorie urbanistique, elle conclut pour sa part par un appel à la constitution d'une autre voie toujours régulée mais ouvrant davantage sur une potentialité d'émancipation des acteurs. On mesure donc, à cette exposé, toute la similitude de contenu conceptuel entre notre définition du modèle et celle de Madame CHOAY et, par contre, toute la divergence entre nos deux approches de la notion de « règle ». (cf. F. CHOAY, *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Paris, Ed. du Seuil, rééd. revue et corrigée 1996 (1980), 378 p.)

⁸ E. GOFFMAN, *Asiles. op. cit.*, 1968, p. 47

⁹ *Idem*, p. 48

sociale et professionnelle que privée, des individus. Par contre, la comparaison doit s'arrêter là, l'institution totale n'est bien évidemment pas une réduction à l'échelle d'une entité particulière du totalitarisme tel que défini par Hannah ARENDT. Néanmoins, on en retrouve des traits caractéristiques, mais appliqués à un degré moindre. Ainsi, l'idée de ce rappel constant aux reclus de « qui a le pouvoir », du statut d'assujettis auquel ils sont soumis et qu'il ne leur s'agit pas d'oublier est mise en œuvre dans l'institution totale : on ne glisse pas forcément dans une instauration de la terreur, caractéristique du totalitarisme, mais par contre dans un climat continu de rapport de discipline exacerbé, allant au-delà de la simple dimension fonctionnelle de cette dernière, celle de maintenir l'ordre et de faire appliquer les politiques adoptées par les instances dirigeantes. Il faut être démonstratif dans le pouvoir imposé et le rabaissement de l'individu possible par ce pouvoir.

L'institution totale apparaît ainsi comme la description purement sociologique et factuelle d'un phénomène organisationnel dont la dimension totalitaire est la traduction plutôt politique et juridique. Danièle LOCHAK, qui, pour sa part, assimile d'emblée les termes de « totale » et « totalitaire » pour qualifier l'institution concernée, la définit comme « [...] *l'envers de la société libérale* [...] »¹⁰ ce qui signifie à la fois le dessous nécessaire au bon fonctionnement de cette dernière mais aussi son inverse : au plan juridique, c'est l'anti-libéralisme et la négation des droits de l'homme, donc de tout ce respect de l'individu dans son humanité, qui y règne là où le constat sociologique va relever une nécessité de redressement ou d'éducation, sans plus.

Ainsi que le démontre l'auteur, confirmant et théorisant juridiquement sur les constats sociologiques d'Erving GOFFMAN, l'institution totale est également un monde normé, hyper-normé même. Au-delà de la simple emprise factuelle, « [...] *qui affecte toutes les parties, tous les éléments de la chose ou de la personne considérée* » ainsi que le définit le *Nouveau petit Robert*,¹¹ ces institutions portent en elles la traduction juridique et souvent idéologique de cette emprise sur l'individu. Une emprise née d'un mode de gouvernement à l'intérieur de l'institution proprement autoritaire et trouvant ces applications évidentes dans les faits, concernant le statut même des reclus. L'un des enjeux de ce travail est aussi de mettre en exergue le lien inévitable qui unit l'institution totale à sa dimension totalitaire. La note de traduction du terme anglais « *total institution* » dans l'édition française d'*Asiles* confirme d'ailleurs ce lien établi entre le paradigme sociologique et le concept historique et idéologique de totalitarisme. Dans la présente étude, le choix des termes « totale » ou « totalitaire » selon les cas, est donc à chaque fois un choix réfléchi, renvoyant à ce subtil glissement entre deux réalités bien distinctes mais si indéfectiblement liées au final. Dès lors, l'expression d'« institution totale totalitaire », employée à plusieurs reprises au cours de ce travail, n'est pas artificielle mais permet, au contraire, de faire ressortir la nuance des qualifications et réalités attachées à chacun de ces termes : une institution totale n'est pas totalitaire par essence, même si elle semble devoir glisser dans ce travers juridique quasi inmanquablement du fait de ses caractéristiques de base. L'expression du « paradigme totalitaire » prend également sa pleine signification, renvoyant au modèle qui s'instaure de cette réalité institutionnelle d'emprise complète sur l'individu, dans une dimension particulièrement conceptuelle et englobante, telle que peut le soutenir notre acception, précédemment indiquée, du terme paradigme.

Mais elle a aussi une vocation standardisatrice, l'institution totalitaire ayant une mission de transformation de ces individus pour les rendre, « renormalisés », à la société. Se plaçant par rapport à un « normal » pris comme étalon, il s'agit alors d'évacuer toute singularité individuelle ; le pathologique est considéré uniquement sous un angle négatif et la normalité – ou plus exactement ce que l'on déclare comme tel – vue comme seul salut ; la diversité, le « différent » sont combattus au nom de cet unique repère comportemental acceptable, autoritaire et nécessairement castrateur.

Un modèle hypernormé, donc, auquel vient s'opposer, à sa chute, le paradigme de la « règle », plus souplessement encadré, qui prend forme ici dans le paradigme du « service public ». La

¹⁰ D. LOSCHAK [sic], p.126

¹¹ J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le nouveau petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2010, p.2578

politique de la « règle » consiste en effet en l'énonciation de grands principes se cantonnant à un cadre laissant un jeu d'action à la liberté et surtout à l'expression des droits des personnes soumises à ce système. Un espace de dialogue, même restreint, s'ouvre entre l'institution et les reclus, une aire éventuellement imposée à l'institution par des autorités qui lui sont extérieures et également garantie par ces mêmes autorités. Le dialogue peut ainsi s'avérer peu authentique, jouant davantage sur un rapport de force juridique et une dispute triangulée par l'intermédiaire d'instances extérieures. Cette conformation ne cherche plus à standardiser ses pensionnaires mais simplement à leur redonner le cadre incontournable de la vie dans la société occidentale actuelle. C'est le système juridique commun qui se dessine ainsi, cadre nécessaire à toute collectivité mais libéral. Un système qui néanmoins, restant sur une dimension institutionnelle, garde la potentialité de devenir totalitaire¹². Ainsi, on ne peut reléguer la thèse avancée par Jacques CHEVALLIER, que toute institution demeure ontologiquement un « [...] *dispositif de normalisation* [...] »¹³, mais dans ce second schéma, le phénomène sera dans tous les cas plus insidieux, non frontal ni violent, et les résistances réellement possibles dès lors que la prise de conscience est acquise. Surtout, des stratégies de protection de l'individu sont conservées, telles que le maintien de « [...] *zone[s] d'opacité individuelle[s]* [...] »¹⁴ préservant l'intimité des personnes soumises à l'institution, autant de moyens de préserver, par extension, une véritable autonomie individuelle ; toutes choses qui sont impossibles dans l'institution totale et le paradigme du modèle, où l'intimité n'a plus place.

La différence de paradigme joue ainsi sur deux niveaux, celui organisationnel et de l'ordre juridique, impliquant par ricochet celui de l'impact sur l'individu privé de liberté. La valeur de la norme n'est pas la même dans les deux paradigmes. L'institution totale bénéficie d'un statut à part, hors droit, se créant à elle-même ses propres règles très minutieuses qu'elle impose à ses enfermés. Elle crée ce carcan juridique étouffant, rejetant toute initiative ou émancipation de la part des reclus. Elle est dans le contrôle total, le système normatif étant ainsi tourné sur elle, pour elle, ne visant à assurer que sa propre viabilité, ses missions, sans rechercher le moindre dialogue avec l'individu enfermé, sans s'intéresser à son point de vue. Danièle LOCHAK parle de droit « [...] *réduit à sa fonction instrumentale* [...] », qui « [...] *ne représente en aucune façon une contrainte pour les détenteurs du pouvoir, dans la mesure où il ne garantit aux individus ni une sphère d'autonomie à l'abri des interventions du pouvoir, ni les moyens de s'opposer aux empiètements illégitimes de celui-ci.* »¹⁵. La « norme » rejoint son sens scientifique de formule définissant un « *état habituel, conforme à la règle établie* »¹⁶, de standard, « *type convenu* » rationnellement¹⁷. On est dans la déshumanisation par le droit, et dans la déshumanisation entérinée par le droit. La première est la déshumanisation créée directement par le droit, la seconde est la conséquence passive donc indirecte de ce premier phénomène ; dans le second cas, il y aurait illégitimité, en tout cas perte de pertinence, pour le droit à venir s'opposer aux conséquences du régime normatif tel qu'élaboré au titre de système juridique sur les individus et leur condition. Une autre théorie, soutenue par le Professeur LOCHAK dans un deuxième temps et inspirée notamment de PASUKANIS¹⁸, va même jusqu'à considérer que ce système normatif n'appartient plus à « [...] »

¹² Cf. à ce sujet Robert CASTEL dans « Présentation » à l'édition française d'*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, de E. GOFFMAN aux éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1968, p. 34 ou Danièle LOCHAK parlant des « [...] *virtualités totalitaires de toute institution* [...] » (D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 130). Cf. également notre analyse, *infra* p. 418 et s.

¹³ J. CHEVALLIER, « For intérieur et contrainte institutionnelle », dans CURAPP, *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995, p. 254

¹⁴ *Idem* p. 266

¹⁵ D. LOSCHAK[sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 132

¹⁶ Cl. KANNAS et F. DEMAY (dir.), *Le petit Larousse illustré 1996. Dictionnaire encyclopédique*, Paris, Larousse, 1996, p. 702

¹⁷ G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos Poche », 8e éd., 2007 (1987), p. 618

¹⁸ Evgeny B. PASUKANIS (1891-1937) Juriste soviétique et théoricien du droit bolchévique, il disparaît en 1937, vraisemblablement victime du régime stalinien.

l'univers du droit [...] »¹⁹, les normes posées n'y étant plus qu'illusion de Droit.

Au contraire, la règle juridique retrouve, dans le second paradigme, sa valeur de norme protectrice des droits et des intérêts des deux parties et dès lors, dans le cadre de la théorie d'inspiration pasukanienne, son essence véritablement juridique. C'est par cette force nouvelle donnée au reclus que l'espace de dialogue peut se créer. Sa dimension de sujet humain est redonnée à l'enfermé. L'institution, en l'occurrence le service public, est moins maître de ses normes, placées en grande partie sous le contrôle d'autorités extérieures, ce qui permet de mettre fin à une vision et donc à une conception monolithique du système organisationnel.

Il est bien évident que les figures du modèle et de la règle restent des idéaux-types, qui ne se retrouvent pas sous une forme aussi caricaturale dans les deux institutions étudiées. Mais précisément, tout le jeu, notamment de l'institution carcérale, est de s'imposer comme service public, relevant du paradigme de la règle, tout en conservant des caractéristiques propres au paradigme du modèle. L'un des objectifs de cette étude est de souligner ces perversions latentes, de les comprendre (d'où viennent-elles, pourquoi ce besoin de jouer sur les deux tableaux, de se poser un masque pour conserver, en profondeur, un fonctionnement qui ne correspond pas aux apparences ?), de les valider ou éventuellement d'en proposer des pistes de correction.

Précisons enfin que, dans ce travail, le terme de « paradigme » renvoie à un concept à triple détente. Nous nous appuyons principalement, pour l'appréhender, sur la définition retenue par les sciences « dures », davantage pragmatique et resserrée que celle issue des sciences sociales ; cette dernière n'est pas pour autant écartée mais vient plutôt enrichir la première afin de donner au concept toute l'ampleur que nous souhaitons lui voir déployer dans notre étude.

Aristote fait du paradigme « « [...] *l'argument qui, fondé sur un exemple, est destiné à être généralisé.* »²⁰. De manière plus actuelle, pour le philosophe des sciences THOMAS KUHN, le paradigme « [d]'une part, [...] *représente tout l'ensemble des croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné. D'autre part, il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions concrètes qui, remployées comme modèle ou comme exemple, peuvent remplacer les règles explicites en tant que base* » de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale »²¹. On retrouve donc, dans cette définition épistémologique, l'accent porté sur un objectif de mise en pratique d'un schéma conceptuel idéal, avec l'établissement de règles théoriques formant un ensemble cohérent et caractérisant un nouveau schéma de pensée, en général appuyé en sciences sur des observations donc sur la réalité. Ce « modèle », doté de ses deux faces -théorique et appliquée-, reste un élément essentiel du concept large de paradigme tel que nous l'entendons ici. En sciences sociales, le paradigme se définit plus largement, comme une représentation du monde contenant les grandes catégories d'organisation de la pensée et de l'intelligibilité ainsi que toutes les relations d'interactions que ces catégories peuvent générer entre elles. Cette vision du monde, appuyée sur un ensemble d'expériences, croyances et valeurs, impacte, par la suite, la manière dont les individus appréhendent une réalité et y réagissent, que ce soit dans leur perception de cette réalité ou dans leur manière de la définir, de la comprendre et même de la prévoir. On est surtout, dans cette perspective, sur une vision idéelle de la réalité, une construction conceptuelle quoique établie à partir de cette réalité, de son observation et d'expériences.

Au confluent de ces deux définitions, la notion de paradigme renvoie pour nous à la fois à cette dimension idéelle, de l'ordre du « *Weltanschauung* » des sciences sociales, et à celle concrète de ses applications dans la réalité. La dimension abstraite ne peut se départir de son reflet concret, ancré sur la réalité : le modèle théorique appliqué. Il s'agit alors du déploiement des effets, dans le monde réel, de ce système organisé. Et en réalité, il faut retourner l'ordre d'émergence de ces deux dimensions : le système de représentation du monde existe certes, de manière évanescence et

¹⁹ D. LOSCHAK[sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », dans CURAPP, *L'institution*, op. cit., 1981, p. 153

²⁰ Définition rappelée par E. MORIN, *La Méthode 4. Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs moeurs, leur organisation*, Paris, ed. du Seuil, p. 211

²¹ Th. KUHN, 1983, p. 238

surtout non explicite derrière la mise en place du modèle théorique concret mais c'est bien d'abord ce dernier qui est affirmé lors de l'émergence d'un nouveau paradigme. Il n'est qu'une théorisation de premier niveau, ouvrant immédiatement sur sa mise en œuvre, un système d'organisation de la réalité, avec ses règles et ses caractéristiques. Ce ne peut être que dans un second temps qu'est formulé le paradigme idéal dans toute sa perfection, expliquant et théorisant à un degré supérieur, de manière plus large et plus conceptuelle encore, tout le système de pensée sous-tendant le modèle théorique et ses applications. C'est donc bien, au final, trois niveaux qui se dessinent dans ce seul concept de paradigme, réorganisés dans la double dimension abstraite/concrète.

II. LA PROBLEMATIQUE GENERALE

Danièle LOCHAK présente donc l'« *institution totalitaire* »²² prise en tant qu'idéal-type comme « [...] *l'envers de la société libérale et sa vérité profonde, comme un monde séparé de la société normale et la condition même de son existence.* »²³. Il est certain, et nous ne manquerons pas de le rappeler au cours de ce travail, qu'en permettant l'éviction de la société des sujets perturbateurs voire dangereux pour l'ordre sociétal et la sécurité publique, l'institution totale lui permet précisément de fonctionner paisiblement et dans toute l'amplitude de son libéralisme²⁴. Ce système, par son principe-même si fragile face à la moindre utilisation à mauvais escient de sa liberté par un individu, peut ainsi, non choisir ses acteurs, mais au moins sélectionner ceux qui le mettent en défaut voire le remettent en cause pour mieux les mettre à l'écart. En la matière, l'institution totale s'avère donc un outil nécessaire au bon fonctionnement de la société libérale. Reste néanmoins à vérifier que ce soit réellement l'institution totale ayant dérivé en institution totalitaire, c'est-à-dire l'institution totale et totalitaire dans cette forme si peu respectueuse des droits de l'homme, qui soit nécessairement la solution ou si ce n'est pas plutôt la privation de liberté entendue au sens large. Et en ce cas, le lien n'est peut-être plus aussi évident avec le placement dans des institutions dotées de telles caractéristiques. La raison du choix de ce modèle pour tenir enfermés « [...] *ceux qui ne peuvent ou ne veulent jouer le jeu de la société libérale* [...] »²⁵ mérite alors d'être questionnée.

Par suite, on ne peut que remarquer le rôle fondateur du paradigme institutionnel totalitaire, appuyé sur celui de l'institution totale, dans le domaine de la privation de liberté. Concept structurant au temps de son utilisation sans complexe par la société française jusqu'à la Seconde guerre mondiale, c'est encore par rapport à lui, mais prenant cette fois son contre-pied théorique, que se positionne ensuite le nouveau modèle qui vient lui succéder. Et c'est par rapport à lui que l'on se place encore aujourd'hui pour analyser les institutions dans leur forme actuelle. C'est ainsi que, de manière beaucoup plus automatique que par rapport à toute autre institution n'ayant pas eu ce passé aussi lourd, on renvoie ces fonctionnements autoritaires ou en marge du droit commun à des restes de ce passé d'institution totale. Il n'est pas l'objet de cette étude d'évaluer dans quelle mesure on trouve dans les institutions porteuses d'un passé totalitaire plus que dans les autres, des fonctionnements exorbitants du droit commun et des dérogations offrant des prérogatives fortement attentatoires aux droits des individus. Mais il est certain que la prison conserve encore aujourd'hui cette étiquette sous certaines plumes et que l'institution psychiatrique la garde dans l'imaginaire collectif de manière prégnante. Il faut donc s'interroger sur la véracité de ces écrits ou impressions et sur leur origine. Il faut surtout s'interroger sur la légitimité et la nécessité de la persistance de tels fonctionnements, même de manière ponctuelle, et rechercher les moyens de concilier protection

²² Rappelons ici l'assimilation opérée par l'auteur entre l'institution totale et son caractère totalitaire (cf. *supra*, p. 16)

²³ D. LOSCHAK[sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 126. Dans une note, le Professeur LOCHAK insiste sur le caractère idéal-typique du « *couple antithétique libéral/totalitaire* » qui « [...] *ne renvoie à aucune réalité concrète* [...] » dans cette forme radicale et que nous reprenons à notre compte.

²⁴ Les termes « libéralisme » ou « libéral » seront employés, dans tout ce travail, au sens politique de reconnaissance ou promotion de la Liberté donc notamment des libertés publiques comme principe fondamental, et jamais dans leur acception économique, relative à la liberté du marché.

²⁵ D. LOSCHAK[sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 127

efficace des droits fondamentaux des personnes privées de liberté et fonctionnement efficient de ces institutions. L'enjeu, qui n'est autre que l'impact sur les droits fondamentaux des individus, est trop important pour être considéré à la légère. C'est l'authenticité de l'ancrage des valeurs libérales, démocratiques et humanistes de notre société qui en dépend.

Mais en réalité, c'est à la question plus vaste de la privation de liberté et de sa gestion que l'intérêt porté au paradigme de l'institution totalitaire et à ses évolutions ramène. C'est bien la privation de liberté qui se trouve au cœur de ce travail, étant à l'origine de ces institutions mais justifiant également qu'au-delà de l'institution totale, un nouveau paradigme vienne prendre la relève. C'est, derrière tous ces questionnements, la place de l'individu dans la société, et le rapport de cette dernière à la « normalité », à la définition d'exigences comportementales et de règles de vie en collectivité qui peuvent si rapidement dériver vers la standardisation des comportements et des individus, qui doivent être interrogés.

Le concept de dangerosité plane comme une « âme errante » au-dessus de ce travail. Elle le hante, présente qu'elle est, en arrière-fond des thématiques étudiées, quelle que soit l'époque et quel que soit le sujet précis abordé : cadre psychiatrique ou cadre pénitentiaire et pénal sont évidemment ses deux aires d'errance de prédilection, mais que l'on aborde les motivations d'une décision d'enfermement ou de mise sous contrôle, la gestion des deux populations considérées au sein comme à l'extérieur de l'institution, l'organisation des institutions elles-mêmes (spécialisation des établissements, régimes internes, palette de mesures et d'« outils » criminologiques ou thérapeutiques mis à la disposition des agents et décideurs dans les deux domaines etc.), partout la dangerosité transpire ; elle est une donnée prise en compte, de manière affichée ou implicite selon les cas. Justification de tout, elle devient une des clefs de compréhension de cette étude.

Et pourtant... existe-t-il concept plus flou que celui de dangerosité ? La notion est ancienne, certes. Pour prendre quelques repères dans nos deux domaines d'étude, on relèvera, concernant le monde pénal et de la délinquance, le Code criminel de Charles Quint de 1532 : ce serait le premier document codifié à proposer une palette de mesures de sûreté visant des individus considérés comme particulièrement susceptibles de récidiver. On voit, dans cette instauration de mesures de prévention, la marque de la dangerosité – notion masquée, dans le discours sur la peine, par la mise en avant de la dimension de punition ou d'exemplarité de cette dernière. Toutes les mesures prises contre les récidivistes au XIX^e siècle participent de la même appréciation d'une dangerosité à qui il ne manque que l'appellation affichée. Quant à l'Ecole positiviste italienne fondée à la fin du XIX^e par Cesare LOMBROSO, elle est l'expression même du travail et de l'utilisation sociétale de ce concept. Du côté de la folie, la dangerosité est de toute évidence, fort tôt, l'un des motifs principaux d'enfermement des insensés. En 1784, BRETEUIL appuie l'équilibre de sa circulaire²⁶ – qui organise la légalité des enfermements par lettre de cachet – notamment sur la dangerosité supposée de l'individu. Il va sans dire que le placement d'office posé par la loi sur les aliénés du 30 juin 1838 est la consécration législative de la prise en compte de la dangerosité sociale de l'individu atteint de troubles mentaux. Néanmoins, malgré cette longue présence dans les doctrines et les pratiques, la notion n'est apparue officiellement dans la langue française qu'en 1969 et n'a été intégrée qu'en 1989 dans le *Grand Robert*, sous une seule acception de psychologie, flanquée de la lapidaire définition « *caractère dangereux* » ; le *Petit Larousse* 1996 retient encore comme définition, à l'entrée généraliste du terme, le « *fait d'être dangereux, caractère de danger que présente quelque-chose* ». Les définitions des spécialistes, criminologues et psychiatres, sont plus précises : le rapport 2010 du Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, qui a pour thème « La prise en charge des états réputés dangereux », reprend la définition proposée par Michel BENEZECH en 2002 : « *état, situation ou action dans lesquels une personne ou un groupe de personnes font courir à autrui ou aux biens un risque important de violence, de dommage ou de destruction* »²⁷. Le célèbre criminologue Christian DEBUYST la présente comme « [...] la probabilité que présente un individu de commettre une infraction [...] contre les personnes et contre les biens » (reconnaissant lui-même tout l'aspect discutable de cette dernière restriction) et étend la définition à « la probabilité que présente une situation de donner lieu à des

²⁶ Cf. explications sur cette circulaire, *infra*, pp. 451-452

²⁷ M.-N. VACHERON-TRYSTRAM, F. CORNIC et R. GOUREVITCH (sous-dir.), *La prise en charge des états réputés dangereux* [Rapport du 108^e Congrès de Psychiatrie et de Neurologie de Langue Française], Issy-les-Moulineaux, Elsevier- Masson, coll. « Congrès de Psychiatrie et de Neurologie de Langue Française », 2010, p. 7

comportements de ce genre. »²⁸. Dans son cours bien antérieur, de 1953, le même auteur préférerait parler de « *phénomène psychosocial caractérisé par des indices révélateurs de la grande probabilité pour un individu de commettre une infraction contre les personnes ou contre les biens* »²⁹.

Dans tous les cas, il est déjà intéressant de relever le *hiatus* entre la définition généraliste, dans laquelle la dangerosité a une connotation de certitude par rapport à l'existence d'un danger, et la perte de cette assurance lorsqu'on passe aux définitions spécialisées, quelles qu'elles soient. Un tel glissement augure déjà du trouble dans l'utilisation de la notion dans le grand public et de sa grande facilité d'instrumentalisation politique voire populiste. Sans compter que le rapport du Congrès de psychiatrie, reprenant à ce niveau une position classique, précise la définition en faisant rentrer deux paramètres nouveaux, la dimension multifactorielle de la notion et la diversité des dangerosités en fonction du domaine d'étude considéré : « *Ainsi comprise, la dangerosité peut se rencontrer dans toutes sortes de situations, pathologiques ou non. Elle est évolutive, durable ou fugace, fluctuant selon l'état du sujet et selon des facteurs d'environnement échappant à tout contrôle ou mesure, de sorte que l'on peut dire que la valeur prédictive d'un tel concept est extrêmement faible : le passage à l'acte en effet survient dans un contexte situationnel donné, fruit d'une interaction subtile et à chaque fois unique et non reproductible entre des données pour la plupart non mesurables et en tout cas innombrables.* »³⁰. Tout est dit. Perce donc ici, en premier lieu, la dissociation à opérer entre les deux principales dangerosités généralement exposées lorsqu'on approfondit l'étude de la notion : celle criminologique d'un côté, et celle psychiatrique de l'autre. La première est en réalité celle définie par Christian DEBUYST précédemment, celle des définitions présentées comme « de spécialistes ». Cette dangerosité criminologique est ainsi très souvent présentée comme la dangerosité spécialisée de référence. La seconde, la dangerosité psychiatrique, correspond à « *un risque de passage à l'acte principalement lié à un trouble mental et notamment au mécanisme et à la thématique de l'activité délinquante* »³¹, c'est un « *phénomène clinique et [une] manifestation symptomatique directe d'un trouble mental* »³². Mais au-delà de ces deux premières déclinaisons de la notion, les auteurs multiplient parfois les catégories de dangerosités : juridique, victimologique, judiciaire, sociale, autant d'adjectifs permettant de préciser le type de dangerosité en fonction du contexte et des enjeux. L'une prend particulièrement sens par rapport à notre travail : la dangerosité dite « pénitentiaire ». Elle se conçoit, selon Paul MBANZOULOU, « [...] *en lien avec les risques que l'individu représente contre la sécurité des personnes et des établissements pénitentiaires. Elle intègre ainsi la dangerosité psychiatrique.* »³³. C'est celle qui permet, par exemple, de catégoriser un détenu comme Détenu Particulièrement Signalé (DPS) ou de décider de certains placements à l'isolement. Elle est un outil quotidien de gestion de la population pénale par l'administration pénitentiaire.

Perce également, en deuxième lieu, dans cette citation issue du rapport du Congrès de psychiatrie, l'idée qu'un comportement n'est rien sans un contexte qui le détermine – passé et immédiat – et va provoquer le passage à l'acte ou au contraire le freiner. Cela ouvre directement sur la grande difficulté à évaluer la dangerosité d'un individu. L'alchimie est telle entre facteurs biologiques, psychologiques, mésologiques³⁴, sociologiques, situationnels etc. que le diagnostic

²⁸ Ch. DEBUYST, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, vol. XVII, n°2, rééd. dans Ch. DEBUYST, *Essais de criminologie clinique. Entre psychologie et justice pénale*, Bruxelles, Larcier, coll. « Crimen », 2009 p. 289

²⁹ Ch. DEBUYST, citation issue du IIe cours international de criminologie de Paris, 1953, cité par J.-F. BURGELIN (Commission présidée par), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive. Rapport de la commission santé-justice présidée par Monsieur Jean-François Burgelin*, [en ligne], Paris, Ministère de la justice, juillet 2005, p. 10

³⁰ M.-N. VACHERON-TRYSTRAM, F. CORNIC et R. GOUREVITCH (sous-dir.), *La prise en charge des états réputés dangereux*, op. cit., 2010, pp. 7-8

³¹ J.-F. BURGELIN (Commission présidée par), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive*, op. cit., juillet 2005, p. 10

³² M.-N. VACHERON-TRYSTRAM, F. CORNIC et R. GOUREVITCH (sous-dir.), *La prise en charge des états réputés dangereux*, op. cit., 2010, p. 8

³³ P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJP*, 2008, p. 172

³⁴ Facteurs concernant le milieu

établi par des praticiens qui ne peuvent être seulement psychiatres – cette science médicale n'offrant pas toutes les connaissances nécessaires à établir une telle évaluation – ne peut être qu'un jugement probabiliste, un pronostic.

C'est enfin, et pour terminer, le caractère éminemment instable, sur le plan temporel, de l'état dangereux d'une personne qui doit arrêter l'attention ; simple prolongement dérivé du précédent caractère : « [...] *la dangerosité n'est pas un état permanent et immuable, inscrit une fois pour toutes dans la personnalité d'un individu. Elle varie en fonction de multiples facteurs, externes et internes, qui peuvent d'ailleurs s'imbriquer les uns dans les autres et agir seuls ou conjointement.* » explique Michel LANDRY³⁵. Sans compter l'instabilité « scientifique » et socio-culturelle de la notion de dangerosité : la définition varie selon les auteurs mais aussi selon « [...] *les civilisations, le niveau socio-culturel ou le code moral du groupe.* »³⁶

C'est donc l'impression de flou, d'insaisissable qui pénètre d'abord lorsque l'on se penche sérieusement sur le concept de dangerosité. Peut-être cette absence de dénomination jusqu'en 1969, pour une notion en latence continue dans la vie de la société auparavant n'était-elle ainsi pas aussi innocente qu'on pouvait le croire, mais, au contraire, révélatrice de l'abîme d'incertitude dans lequel on plonge lorsqu'il s'agit de désigner les individus à considérer comme dangereux. Car, au fond, la dangerosité c'est précisément l'incertitude, la potentialité – dans toute la dimension de doute du terme – de danger, de passage à l'acte néfaste. Le concept de dangerosité appliqué à l'individu, c'est le risque par excellence, inscrit au cœur de l'être humain et de ses comportements. Cette incertitude contenue dans l'impossibilité de l'évaluer de manière certaine est peut-être une brèche saine, d'ailleurs, dans une société recherchant l'hyper-contrôle comme celle actuelle : c'est la marque de l'indétermination fondamentale de l'être humain, un individu par nature potentiellement dangereux puisque doté de la potentialité de tout faire, et ayant les moyens de mener à bien ses tentatives dans une société libérale. Et c'est là que semble apparaître une rupture : cette incertitude scientifique peut devenir une incertitude instrumentalisée, ouvrant alors, à notre sens, sur une autre acception du terme « dangerosité ». Dans la phase d'application pratique, la dangerosité criminologique se politise, celle pénitentiaire s'instrumentalise au gré des politiques internes à l'institution, et dans les discours populistes, la définition généraliste vient recouvrir du manteau de la certitude du danger ces catégories ciselées précisément dans le cadre d'une incertitude épistémologique, et on entre dans la dangerosité sociale. La dangerosité devient alors cet objet dénaturé scientifiquement pour mieux répondre aux exigences médiatiques et populistes. Car, placée sous ce joug tyrannique, la dangerosité devient une certitude : celle du risque, du danger, donc de la nécessité de l'éradiquer dans une société qui n'aspire qu'à plus de sécurité. Tout l'attrait du présent travail est aussi de voir apparaître la dangerosité sous ses deux visages – l'outil scientifique porteur de toutes ses incertitudes mais critère heuristique utile s'il est manié avec toutes les précautions d'usage, et le concept instrumentalisé, dénaturé par la politique – et d'étudier le rôle qui lui est donné à la fois au sein de la société et des institutions étudiées. La dangerosité est un facteur, un motif même, d'enfermement et de mise sous contrôle, ses résurgences scandent la vie de l'institution totale et aujourd'hui l'ère du service public ; « modèle » comme « règle » y trouvent une partie de leur assise contraignante pour l'usager.

Tout discours renvoyant à la dangerosité de certains individus joue avec la peur. Or que craint-on, de manière intangible, depuis le fond des temps : l'irrationnel d'une part, le « non-maîtrisé » mettant en cause des valeurs fondamentales telles que la vie et l'intégrité corporelle humaines, d'autre part. A ces deux piliers originels viennent s'agréger, bien sûr, d'autres ennemis, plus variables selon les époques, mais le cœur du processus semble résider dans ces deux pôles, qui ramènent précisément à nos deux domaines d'étude. Ainsi, avec la dangerosité, tout se brouille : ce qui intéresse la société devient moins la punition face à la culpabilité, que la sécurité face à la dangerosité, vraie ou supposée, de l'individu, ou, pour reprendre la formule de Denis SALAS « [à] *une dialectique entre le crime et la peine se substitue une dialectique entre le risque et la*

³⁵ M. LANDRY, *Le psychiatre au tribunal. Le procès de l'expertise psychiatrique en justice pénale*, Toulouse, Privat, coll. « Etudes de psychiatrie et de psychologie sociales », 1976, p. 104 cité par Michel GODFRYD dans « Le droit et le malade mental dangereux », *Santé Mentale*, mai 2008, n°128, p. 49

³⁶ *Idem* p. 112

sûreté »³⁷. Alors, les frontières tombent, les principes flanchent du même coup : les malades mentaux deviennent des sujets de la justice pénale, ils ont désormais leur procès – à procédure aménagée, irresponsabilité pénale du fou oblige – et sont passibles de mesures de sûreté ; les prisonniers sont de plus en plus psychiatrisés, les expertises psychiatriques à opérer avant les décisions d'aménagement de peine ou de mesures de sûreté se multipliant, un certain nombre de mesures étant elles-mêmes des exigences de soins obligatoires, de suivi thérapeutique sur éventuellement plusieurs années.

Là encore, il paraît important pour le juriste de tenter de reposer des bornes dans ce chaos, guidé par les seules lanternes que sont, d'une part, des principes fondamentaux sur lesquels s'est construite la société libérale et démocratique que l'on veut préserver et, d'autre part, du respect de l'individu, de sa dignité, de ses droits fondamentaux. Or, précisément, c'est sur ce dernier point que la dangerosité peut venir troubler l'équilibre progressivement érigé de la reconnaissance de ces droits à tout être humain et de l'imposition de leur respect. Il n'y a qu'un pas à faire de l'homme dangereux, celui qui fait peur, celui capable, - que l'on suppose capable des actes les plus abjects - à l'être abject, celui à qui l'on retire toute dignité, que l'on ne considère plus vraiment comme un humain. Or ce pas n'est pas accepté ni acceptable dans nos sociétés aux valeurs humanistes, si profondément ancrées qu'elles concernent autant la victime que le bourreau ; le contraire reviendrait à oublier les valeurs de la société des droits de l'homme universalistes au profit d'une potentialité de risque. Il n'est pas là question de pardon ou de jugement moral, mais de soutenir le postulat intangible qu'un être humain est doté de droits inaliénables. Il est même d'autant moins question de jugement moral que tout le problème engendré par la notion de dangerosité populiste est l'amalgame entre les êtres réellement dangereux et ceux considérés comme tels ou que l'on croit – ou craint – d'être tels... mais qui ne le sont peut-être pas. Il n'est pas plus question d'affirmer que le risque n'existe pas ou que l'homme dangereux n'est qu'une chimère, mais d'exiger de raison garder et surtout de conserver l'équilibre fondamental qui est la marque d'une société véritablement respectueuse des droits de l'homme, une société authentiquement fondée sur les valeurs humanistes. L'un peut aller avec l'autre, mais c'est au prix d'un effort de rationalisation des attitudes, de responsabilisation de tous les acteurs sociétaux, y compris le citoyen « moyen », qui doit abandonner ses exigences chimériques et irréalisables du « risque zéro ».

C'est donc bien eu égard à tous les angles d'approche utilisés dans ce travail que la dangerosité a un sens ; à aucun moment elle ne peut être vraiment écartée de la réflexion.

Pour mener à bien une telle étude sur la privation de liberté et ses relations avec la société, c'est l'approche fonctionnelle et en termes de compétences des institutions qui a été choisie. L'approche contentieuse n'est pas traitée de front, mais utilisée de manière secondaire, afin d'alimenter l'argumentation principale. En conséquence, la question de la responsabilité ne fait pas non plus l'objet d'une analyse autonome. Son évolution est évoquée, mais au titre de phénomène éclairant au cours du développement de notre thèse. En effet, son évolution – de l'occultation de la question ou de son rejet vers une responsabilisation grandissante des deux institutions étudiées – est significative par rapport au regard porté par la société sur ces institutions, par rapport aussi à leur position vis-à-vis de leurs usagers, mais son approfondissement est d'une telle complexité qu'elle est une problématique en elle-même.

III. LA THESE SOUTENUE

A partir de la Révolution française, la privation de liberté par enfermement des individus devient la réponse de principe des pouvoirs publics à la fois en matière pénale et pour la prise en charge des aliénés. Cette solution institutionnelle aux problèmes sociétaux de la délinquance et de la folie s'organise autour d'un nouveau modèle paradigmatique : l'institution totale. Lieux d'une

³⁷ D. SALAS, « La vérité, la sûreté, la dangerosité. Trois généalogies à l'épreuve des débats contemporains », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire FOUCAULT*, Toulouse, Eres, 2009, p. 213

exclusion commode pour le reste de la société des individus « gênants », anormaux ou dangereux, les deux institutions totales pénitentiaire et psychiatrique deviennent aussi des lieux de tous les abus portés sur les reclus. La Seconde guerre mondiale et l'expérience des camps de concentration amenant à porter un regard renouvelé sur ces structures d'enfermement comme, d'une autre manière, sur l'être humain, le modèle de l'institution totale dans son mode de fonctionnement d'alors n'est plus supportable pour un monde occidental meurtri, où les droits de l'homme font un retour en force. Si sa destruction est signée, nécessité se fait jour de remplacer ce « modèle » par un autre paradigme de prise en charge de la privation de liberté, le système de l'enfermement s'avérant demeurer pertinent. C'est le service public qui sert désormais d'assise à ces institutions. Un service public qui est lui-même une institution et permet ainsi un passage en douceur entre les deux archétypes. Plus profondément, les deux institutions totales se révèlent à la base des services publics dévoyés. A partir du moment où le paradigme de l'institution totale est détruit, se redécouvre alors l'institution naturelle et émanant du droit public général, le service public, pour prendre le relais dans la prise en charge des populations concernées. Un service public qui, en tant que nouveau paradigme, permet une entrée de la gestion de la privation de liberté dans le monde de la « règle ».

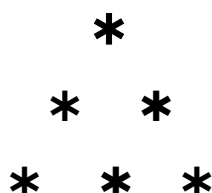
Mais malgré ce changement fondamental au plan juridique, qui marque l'entrée dans le droit commun de sphères placées jusqu'ici hors des lois de ce système juridique, ces services publics demeurent particuliers. La gestion de l'enfermement, de l'emprise du corps d'autres individus, d'atteinte à leurs droits fondamentaux, au nom de l'intérêt général ou de leur propre intérêt oblige à l'aménagement d'un certain nombre de règles ; l'empreinte totalitaire a des difficultés à complètement s'effacer.

Cette évolution marque profondément le statut de l'individu enfermé. Au-delà de l'étude des modalités de la décision d'enfermement, la place de cet être au sein de la société et au sein de l'institution sont révélatrices de l'attention et du regard porté sur les délinquants et sur les « fous » encore à l'heure actuelle. Et quelle que soit l'importance des progrès accomplis par rapport au traitement de ces individus dans le cadre de l'institution totale, le bilan comparatif entre le statut de l'individu privé de liberté et celui de l'homme libre demeure nettement déficitaire, au-delà de ce à quoi devrait aboutir une privation de liberté se réduisant aux strictes nécessités du but pour lequel elle est mise en oeuvre.

A ces relents d'emprise totalitaire sur l'individu vient se greffer, enfin, une évolution insidieuse de la privation de liberté, qui tend à s'ouvrir à une contrainte sans borne de lieu ou de temps, permise par le nouveau paradigme de gestion de la privation de liberté, plus libéral : à l'enfermement dans un espace clos pour un temps déterminé, les nouvelles technologies et les politiques publiques récentes ouvrent de nouvelles possibilités de liberté sous contrôle. Une évolution redéfinissant donc la privation de liberté et qui n'est pas sans danger pour les libertés individuelles des personnes ainsi surveillées.

On voit donc apparaître différents plans d'analyse se superposant, qui imposent d'être dissociés pour être appréhendés dans toute leur profondeur respective. L'évolution institutionnelle appelée par la gestion de la privation de liberté est constituée, tel un iceberg, d'une image de surface fortement réduite par rapport à tous les enjeux juridiques et institutionnels qu'elle alimente et qui la constituent, en retour. Une première étude historico-juridique, fondée uniquement sur les apparences émergentes de cette évolution institutionnelle, ne peut que mettre en valeur le paradigme fondamental structurant la gestion de la privation de liberté : l'institution totale. Cette première approche est incontournable : elle permet de saisir les raisons sociologiques de l'avènement de ce paradigme et de sa prégnance même après sa déconstruction ; en conséquence, de le saisir dans toute sa dimension concrète et théorique (partie 1). Mais une étude réaliste, sur le plan juridique, de cette institutionnalisation de la gestion de la privation de liberté exige de plonger derrière cette part visible aisément repérable et d'aller se confronter aux aspects immergés de ce même phénomène. Cette seconde lecture permet de faire ressortir le deuxième paradigme sous-jacent de cette évolution institutionnelle, celui du service public, ainsi que toutes les implications de cette évolution sur le plan de l'individu. Elle est en fait une lecture plus fonctionnelle de l'évolution institutionnelle au sens où elle replace cette institutionnalisation et les différents paradigmes qu'elle

draine par rapport, d'une part, à la société commanditaire de ces concepts et de leurs applications concrètes, et d'autre part, à l'individu, sujet central de toute cette organisation en tant que première cible (partie 2). L'une de ces approches ne peut aller sans l'autre, ouvrant sur la vérification que la forme se montre réellement porteuse de sens et qu'elle parvient à conditionner le fond, l'essence juridique, mais que néanmoins elle ne fait pas tout : une telle théorie trouve ses limites dans l'instrumentalisation et la torsion des formes. Il n'était pas dans les projets initiaux de faire de la prison ou de l'institution psychiatrique des institutions totalitaires mais une dérive a fait émerger ces systèmes paradigmatiques. Dans un second temps, c'est la destruction de la forme institutionnelle totale, et dès lors totalitaire qui seule a pu permettre de revenir à un fond du droit plus respectueux de l'individu dans la prise en charge de ces deux populations. Toute l'affaire du travail présent est aussi de montrer les manipulations et dérives de l'institution qui ont amené cette instrumentalisation, ce perversissement du système. Le modèle totalitaire ne peut être droit-de-l'hommiste et, derrière lui, le modèle de l'institution totale, dans sa forme, ne peut l'être non plus ; mais parallèlement, instaurer le paradigme du service public ne protège pas radicalement contre une nouvelle dérive totalitaire, précisément car c'est dans la torsion des formes que se niche le danger. Une torsion toujours d'autant plus possible à mesure que le système devient plus libéral et démocratique... précisément la voie qu'emprunte le service public, encore en marche dans son évolution propre.



PREMIERE PARTIE

UN ETAT DES LIEUX HISTORICO-JURIDIQUE DE LA GESTION DE LA PRIVATION DE LIBERTE :

**CONSTRUCTION ET PREGNANCE DU PARADIGME DE
L'INSTITUTION TOTALE**

La privation de liberté s'est avérée, à partir du XVIII^e siècle, l'instrument de gestion par excellence des populations délinquantes et folles au sein de la société. Souvent assimilée à un concept autonome de soin ou de punition, conséquence d'une volonté de neutraliser, de punir ou de soigner, elle ne doit pourtant pas être confondue avec les arguments qui amènent à l'utiliser. Elle n'est qu'un outil dans les mains, selon les cas, du psychiatre, du juge ou, de manière plus éloignée, du législateur.

Matérialisée généralement par l'enfermement, la privation de liberté nécessite des structures. Or, selon les enjeux et les significations placées derrière cette privation de liberté, cette dernière va pouvoir se doter de visages fort différents, chaque institution, porteuse de son mode de gestion voire de son concept propre de la privation de liberté, s'avérant un nouveau masque.

C'est donc à une véritable reconstruction de la privation de liberté qu'a pu s'adonner l'institution totale, ce paradigme progressivement constitué entre la fin du XVIII^e siècle et les années 1830 dans les cadres carcéral et aliéniste. Un paradigme absolutiste, fondé sur l'idée d'une entité autarcique aux plans juridique et matériel, coupée de tout lien avec l'extérieur, un véritable microcosme fonctionnant en parallèle à la société. Le « modèle » est doté d'un système juridique propre et singeant sur bien des points le système juridique commun : ainsi apparaît-il moins comme un monstre juridique que comme une entité se plaçant délibérément hors du droit commun. Un « modèle » niant l'individu et ses droits fondamentaux comme son humanité – témoins en sont les conditions de vie subies par les enfermés –, et devenu insupportable à ce titre au milieu du XX^e siècle (titre I).

Une conceptualisation aussi élaborée, l'expérimentation empirique participant à cette élaboration et à son affinement, mais surtout une telle coupure des institutions et du fonctionnement sociétal communs n'ont fait qu'ancrer plus fortement ce « modèle » réservé en outre à des populations marginalisées et inquiétantes, délaissées par l'opinion publique. Non seulement il a eu une durée de vie substantielle, mais même après sa chute, il demeure un point de repère, une référence toujours présente dans les institutions psychiatrique et carcérale. Qu'il se construise en opposition ou dans la continuité, le nouveau système de gestion de la privation de liberté travaille avec cet héritage (titre II).

TITRE I :

LE PARADIGME DE

L'INSTITUTION TOTALE

Ancré, en ce qui concerne l'institution psychiatrique et celle pénitentiaire, dans la révolution des idées connue au XVIII^e siècle, le paradigme de l'institution totale aboutit pourtant à une réalisation finale à l'opposé de ces concepts humanistes. L'individu y est nié, instrumentalisé tandis que ses droits et son humanité y sont bafoués. Un constat qui amène à retracer la genèse, la mise en place (chapitre I) puis l'apogée de ce modèle paradigmatique (chapitre II), à travers les institutions psychiatrique et pénitentiaire, afin de saisir à la fois la torsion des objectifs initiaux, l'emballement dans la constitution d'un « modèle » parfait, un microcosme autonome parallèle doté de son propre système juridique, et son oubli de l'humanité de tout Homme.

CHAPITRE I

NAISSANCE DU PARADIGME

L'institution totale trouve son origine profonde dans les changements conceptuels radicaux portés sur l'Homme et la société. Les thèses humanistes amènent à repenser la folie et la délinquance ainsi que les réponses à leur apporter, à croire en l'existence de ces réponses, en la curabilité de la folie, en l'amendement possible de l'homme délinquant (section I). L'enfermement, le retrait de l'individu de la société apparaît alors comme la solution. Permettant de mettre l'individu en disposition pour le soin ou la rééducation, hors de l'agitation du monde ordinaire, il permet aussi sa neutralisation. Cette nécessité de mise à l'écart et cette volonté de réformation de l'individu amènent ainsi à l'élaboration progressive, théorique mais aussi empirique, des institutions propres à remplir ces fonctions (section II).

SECTION I : LA GENESE :

LE TOURNANT DU XVIII^E SIECLE

Les transformations du XVIII^e siècle sont au fondement du droit pénal et de la psychiatrie moderne, marquant un virage radical avec la pensée antérieure de la peine et du traitement de la folie (I). Le constat des conditions d'enfermement calamiteuses que subissent les fous et les prisonniers s'avère également une cause importante à l'origine de l'intérêt porté à la cause de ces enfermés et du bouillonnement d'idées à l'époque (II). La Révolution française, ce magistral événement sur le plan de l'histoire politique, cristallise tous ces changements idéologiques et les concrétise sur le plan matériel, de manière plus ou moins heureuse selon les cas. Mais même avec ses « ratés » et ses retours en arrière, l'étape révolutionnaire est un seuil fondamental dans l'histoire de la pénalité d'une part, de la folie d'autre part (III).

I. L'APPROCHE CONCEPTUELLE : LA PERIODE PRE-REVOLUTIONNAIRE

Le virage pris à la Révolution en matière de droit pénal, avec l'avènement de la prison comme peine pivot du Code pénal et l'éclosion d'une série de principes fondateurs du droit pénal moderne, trouve son origine dans une lente maturation d'un changement des mentalités, durant le XVIII^e siècle, siècle d'essor de la philosophie des Lumières (A). Il en va de même pour la folie, domaine dans lequel les premières prises de conscience commencent à faire leur chemin à propos de la condition faite à un individu qu'il convient de dissocier des autres parias, à propos de son état le faisant relever, de manière générale, davantage de la médecine que de toute autre institution (B).

A · LES PREMISSES D'UNE REVOLUTION CONCEPTUELLE DANS LE DOMAINE CARCERAL ET DE LA PEINE (1750-1789)

L'écho de la Révolution dans le monde pénal et pénitentiaire est l'héritier – sinon la consécration – d'une transformation lente des mœurs et des façons de penser l'infraction, la peine et la justice tout au long du XVIII^e siècle. Ce mouvement réformateur est impulsé et profondément marqué par le courant des Lumières, ses philosophes visionnaires s'étant généralement penchés sur les dysfonctionnements et la perte de pertinence du système judiciaire français³⁸. Au plaidoyer pour une amélioration des conditions de vie dans les lieux d'enfermement d'Ancien Régime emporté par MONTESQUIEU, VOLTAIRE et quelques autres³⁹, s'adjoint toute une réflexion sur le rôle de la peine, sur la nature qui lui serait la plus adéquate et sur les principes qui doivent l'encadrer. La France est en retard par rapport à ses voisins sur ces problèmes. L'inspiration vient aussi de l'étranger, les principes de l'*Habeas Corpus* anglais et le système pénal américain basé sur l'enfermement carcéral lui servant de références.

La véritable révolution dans ce système pénal s'appuie sur le changement de logique pénale soutenu par BECCARIA. Son traité *Des délits et des peines* de 1764⁴⁰ remet en cause l'absolutisme monarchique et introduit en face de l'État un individu avec des droits inaliénables. Cela entraîne une critique de la procédure inquisitoire et la proposition des quelques principes, aujourd'hui directeurs de la matière, que sont le principe de la légalité⁴¹ des délits et des peines ou celui de proportionnalité de la peine à l'infraction⁴². La pensée de BECCARIA allie à son humanisme le prisme économique de l'utilitarisme. Cette doctrine postule que la peine n'a pas de valeur en soi mais n'existe que pour sa finalité : la diminution sinon la disparition de la délinquance⁴³. Comme l'explique Pierrette PONCELA, l'utilité de la sanction est donc à la fois sa raison d'être, sa limite et sa mesure. La dissuasion⁴⁴, autant individuelle pour le condamné que collective pour le reste de la population, et l'amendement deviennent les objectifs recherchés par la peine. Cela sous-entend que la peine doit viser à changer l'Homme, le rééduquer et non l'éliminer de manière irréversible, que la punition se tourne vers l'avenir plutôt que vers le passé, laissant de côté les anciens objectifs de rétribution et de vengeance. La peine se doit donc d'être modérée, comme le plaident, avec BECCARIA, MONTESQUIEU ou VOLTAIRE. C'est également dans cet état d'esprit que la peine va glisser du châtiment corporel à une dématérialisation de la punition : c'est l'âme qui est désormais visée en premier lieu.

Toutes ces déclarations et réflexions à propos du système répressif français semblent désigner l'emprisonnement comme la peine de référence d'un code pénal rénové : elle répond à toutes les attentes énumérées ci-dessus. Pourtant, les penseurs du XVIII^e ne l'envisagent pas encore nécessairement comme le mode par excellence d'exécution des peines. C'est sous

³⁸ Les scandales tels que l'Affaire CALAS ou du Chevalier de La BARRE ont pu servir de tribune et de terreau à ces penseurs pour dénoncer l'iniquité et l'injustice du système judiciaire français et réfléchir à des organisations s'accordant davantage avec leurs idées humanistes basées sur l'égalité et la liberté.

³⁹ On peut également citer DUPATY, SERVAN ou BOUCHER d'ARGIS.

⁴⁰ Disponible en français dès 1766 grâce à la traduction de l'Abbé MORELLET.

⁴¹ Ce principe, devenu un véritable dogme fondateur du droit pénal dans toutes les sociétés libérales, pose que seules les infractions définies comme telles par une loi peuvent donner lieu à poursuite et être punies par les peines qui leur sont mises en correspondance, également par un texte législatif. Il est introduit en France dès 1748 par MONTESQUIEU dans *De l'esprit des Lois*, où le juge ne doit plus être que « la bouche [...] de la loi ». C'est cependant BECCARIA qui lui donne sa forme la plus achevée.

⁴² Ainsi, la peine doit être nécessaire au regard des nouvelles valeurs défendues par le philosophe, parmi lesquelles figure la liberté individuelle (« tout châtiment [étant] inique aussitôt qu'il n'est pas nécessaire à la conservation de la liberté publique », C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764) et juste suffisante pour qu'un individu rationnel considère comme désavantageux l'accomplissement d'un acte délictueux par rapport au respect de la loi (cf. également J. BENTHAM et sa *Théorie des lois pénales* de 1775 pour la formulation la plus aboutie de cette thèse).

⁴³ En effet, au plan juridique, la théorie utilitariste pose que le droit a pour objet « la réalisation du bonheur ou du plaisir du plus grand nombre » (pour reprendre les termes de P. PONCELA dans *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2^e éd. 2001, p. 59), ce qui se traduit prioritairement par l'assurance de la sécurité pour chacun.

⁴⁴ Qui participe alors à l'atteinte de l'objectif ultime de sécurité publique.

l'influence des autres pays européens où des expériences carcérales se développent, ainsi que sous celle de l'Église catholique, qui va jouer un rôle décisif sur ce plan, que les intellectuels français vont être amenés, d'une part, à réfléchir à l'emprisonnement comme une sanction pénale et, d'autre part, à penser cette peine au-delà d'une simple mesure d'élimination ou d'intimidation. Une dimension rédemptrice peut en effet se faire jour derrière les modalités d'exécution de cette peine, notamment avec l'astreinte à une discipline rigoureuse comme cela est pratiqué par l'Eglise catholique dans le cadre de sa propre police.

Synthèse entre ces principes et ceux de l'*Habeas Corpus*, l'idée que la prison pourrait également servir à améliorer le détenu, à le rééduquer avant qu'il ne reparte dans la société, commence à émerger en France à partir de 1750. C'est précisément à partir de ces années que vont être commandées, ou menées sur initiative individuelle, un certain nombre d'enquêtes sur les conditions de vie et la salubrité des lieux d'enfermement. En effet, la mission d'expiation et de rééducation confiée à l'univers carcéral impose des conditions d'enfermement salubres et saines.

Certes, dans les faits, les rapports de ces enquêtes concluent unanimement à l'état catastrophique de saleté et d'absence d'hygiène de ces lieux repoussants, attirant l'attention sur le danger pour la santé de la population que deviennent ces repaires d'épidémies et de maladies. Mais il n'en apparaît pas moins qu'à terme, tout converge vers la volonté de faire de la peine de prison la peine principale d'un code pénal rénové.

Le dernier obstacle, rédhibitoire, à la consécration officielle de cette transformation factuelle et des mentalités, à la fin de l'Ancien Régime, est financier : la prison coûte cher, sa généralisation en tant que peine impliquerait de mettre à la charge des pouvoirs publics la construction et l'entretien de nombreux locaux et la rémunération d'un personnel numériquement important, avec une obligation de qualité emportée par la mission de sécurité publique qui devrait gouverner l'activité pénitentiaire. Les budgets prévisionnels établis à l'époque montrent que le projet est définitivement irréalisable au regard des forces économiques du Royaume⁴⁵.

Il n'en reste pas moins que dans les faits, la répression s'assouplit par l'action détournée des juges qui cessent progressivement de poursuivre des infractions ou de prononcer des peines estimées anachroniques (peines souvent en lien avec un caractère religieux⁴⁶), de même qu'ils abandonnent les peines corporelles les plus barbares issues de l'arsenal des châtiments de l'Ancien Régime. Durant ces années précédant la Révolution, ils recourent de plus en plus à la prison comme peine alternative au bannissement ou aux galères. Le Roi s'aligne sur ce souffle d'humanisation du système pénal et met fin à l'usage de la question préparatoire⁴⁷ puis de la question préalable avant jugement par ses Déclarations du 24 août 1780 et du 1er mai 1788. Par conséquent, la majorité des auteurs semble imputer ce passage de la révolution humaniste dans les principes à son entérinement officiel dans les faits à une évolution humaniste généralisée, prenant naissance chez les penseurs de l'époque et qui aurait finalement drainé toute la société. L'explication de ce changement dans les mentalités reste cependant discutée, et en premier lieu, en réponse à la position majoritaire, Nicole CASTAN précise que la population générale de la deuxième moitié du XVIIIe siècle ne souhaitait pas l'avènement du système carcéral en tant que modèle pénitentiaire, ayant trop peu confiance en ce système et ne voulant pas voir augmenter

⁴⁵ Selon les calculs de NECKER rapportés par Nicole CASTAN, la généralisation de l'incarcération comme sanction pénale obligerait à multiplier le budget alloué à l'exercice de la justice par 8,3 (le faisant passer de 1 200 000 livres à 10 millions de livres), alors même qu'à l'époque, le total des dépenses de l'administration dépasse déjà le potentiel économique du Royaume. Il est intéressant de réaliser que la mise en place de l'emprisonnement comme peine commune obligerait les pouvoirs publics à prendre en charge 28 000 détenus et à déboursier pour eux l'équivalent de l'entretien de 100 000 personnes d'humble condition vivant en ville. (N. CASTAN, A. ZYSBERG, *Histoire des galères, bagnes et prisons en France de l'Ancien Régime*, Toulouse, Privat, coll. « Hommes et communautés », 2002, p. 86)

⁴⁶ C'est ainsi qu'un vol sacrilège sera poursuivi en tant que vol simple ou qu'un suicide sera mis au compte d'un soudain accès de folie, évitant par là un procès de cadavre et de prononcer l'injuste peine de confiscation à l'encontre de la famille du suicidé.

⁴⁷ C'est-à-dire la torture.

ses charges financières⁴⁸. Mais c'est principalement Michel FOUCAULT qui s'inscrit en faux contre cette vision généralement acceptée, en proposant une thèse plus rationnelle que la première. Il attribue le changement à des raisons politiques et pragmatiques : les pouvoirs publics prennent conscience du caractère délétère d'une exposition de la violence intrinsèque à l'exécution publique des supplices. En effet, ce spectacle endurecit les foules contre la vision de la barbarie ou risque de leur faire adopter la cause du supplicié contre l'ordre public. Selon lui, rien de compassionnel, donc, dans le remplacement des châtiments corporels par la peine de prison. En outre, et il est repris sur ce point par Nicole CASTAN, le système répressif de l'Ancien Régime misait sur l'effet dissuasif de l'opprobre inhérente au châtiment et sur la perte qu'engendrait la confiscation des biens. Or, appliquées à des miséreux et autres pauvres errants qui n'ont plus rien à perdre, ces peines essentiellement corporelles et de bannissement n'ont plus de réel impact. Il est donc temps, dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle, de trouver un autre mode de punition. Cette réflexion amènera, lors du bouleversement de la Révolution, aux dispositions du nouveau Code pénal.

B · LES PREMIERES PRISES DE CONSCIENCE DANS LE DOMAINE DE LA FOLIE (1770-1795)

A partir de la seconde moitié du XVIIIe siècle, la France voit se rouvrir des lieux réservés aux fous. Cette fois encore, l'exemple vient de l'étranger, mais il s'explique plus profondément par le changement de regard posé à la fois sur l'Homme et sur la folie.

Les fous, selon qu'ils étaient identifiés comme tels ou non, étaient jusqu'alors dispersés entre, d'une part, les lieux d'enfermement réservés à tous ceux qui s'écartaient de la norme sociale, et d'autre part, les « loges⁴⁹ » des hôpitaux ou des maisons de force. Dans les deux cas, c'est la prise de conscience des conditions de vie dans ces divers lieux de séquestration⁵⁰, accusés d'être de véritables mouiroirs, qui aurait amené les philanthropes puis les pouvoirs publics à se pencher sur la condition de ces enfermés⁵¹. On est surtout à une époque de rationalisation de la pensée, les nosologies et théories de classement vont bon train, les comportements déviants n'y échappent pas. On est aussi, dans les années 1770-1780, à la période de naissance de la notion d'Assistance publique qui doit venir remplacer la charité publique et privée. Les philanthropes estiment en effet que la pauvreté n'est qu'une conséquence de l'organisation sociale d'alors et qu'il est temps que la société assume ses responsabilités envers ce fléau. Or les aliénés vont appartenir aux catégories médicales retenues comme bénéficiaires de cette assistance.

La répartition des insensés entre lieux d'enfermement des déviants et « loges » des hôpitaux et maisons de force repose sur la distinction entre deux groupes d'aliénés.

Soit, première hypothèse, leur cas est considéré comme une folie curable, ou encore comme un comportement apparaissant davantage relever de l'originalité ou de la déviance que de la pure folie. On est alors face à ce que nous appellerons des « folies douces », c'est-à-dire des comportements sortant de la norme qui ont amené la personne à la marginalisation en l'empêchant de s'intégrer à la société et qui restent non-dangereux. C'est l'inaptitude de ces individus à rentrer dans un cadre social réglé qui est stigmatisée par les pouvoirs publics et qui les amène à être enfermés au titre de vagabondage ou de pauvreté oisive. Hésitant entre soin médical dans les hôtels-Dieu ou enfermement dans les dépôts de mendicité, la société n'affiche pas de théorie arrêtée concernant leur prise en charge. Forces de l'ordre et médecins louvoient donc entre règles éventuelles, généralement locales, usages et données conjoncturelles, le taux d'occupation des différents établissements conditionnant souvent l'accueil d'une personne

⁴⁸ Ainsi, elle lui préférerait largement la solution anglaise de la déportation, ou au moins les travaux forcés. Cf. N. CASTAN et A. ZYSBERG, *Histoire des galères, des bagnes et des prisons*, Toulouse, Ed. Privat, 2002, p. 87

⁴⁹ Les loges sont de petites cellules, généralement insalubres, destinées à enfermer notamment les insensés considérés comme dangereux.

⁵⁰ Dépôts de mendicité, hôtels-Dieu, institutions privées religieuses ou laïques, maisons de force etc.

⁵¹ Cf. *infra* pp. 37-42.

supplémentaire et les structures se renvoyant ainsi les individus. Les sorties sont soumises aux mêmes aléas, les établissements ayant régulièrement besoin de libérer des places pour de nouveaux entrants. Il semble donc erroné de croire à un enfermement définitif, à cette époque, de ce type d'individus « dérangés ».

Soit, seconde hypothèse, l'aliéné est diagnostiqué comme incurable. Son statut change alors de registre : de personne individuelle, il devient « non-humain », la folie qui l'atteint étant vue comme inhérente à sa nature d'individu, dans laquelle on ne retrouve, parallèlement, pas trace d'humanité⁵². On n'a donc aucun scrupule à le traiter en « *bête sauvage* », surtout lorsqu'il s'avère dangereux⁵³. Ces insensés sont ainsi internés dans des conditions déplorables ; les nombreuses descriptions de ces lieux consacrés à l'enfermement des fous de la fin du XVIIIe siècle convergent toutes vers les mêmes visions d'horreur⁵⁴. Or, il n'y a bien rien de punitif dans ces chaînes et cet enfermement ; ces mesures visent strictement la protection de l'ordre public et des individus « normaux » constituant la société. Mais donc *a priori* rien de médical non plus dans ces lieux, plutôt situés dans des maisons de force⁵⁵ ; on renonce à lire cette folie, apparemment immanente à l'individu, comme une maladie. Si un médecin est éventuellement appelé, c'est purement au titre de consultant hygiéniste. C'est donc toute la vision de cette folie qui est à reprendre et c'est ce regard réhumanisant qu'ont commencé à poser des personnels côtoyant ces êtres⁵⁶ qui est à l'origine du basculement dans l'histoire de la folie opéré à cette époque.

Dans le cadre de l'instauration d'un nouveau traitement de la folie, Pierre MOREL et Claude QUETEL mettent en exergue l'*Instruction sur la manière de gouverner les Insensés, et de travailler à leur guérison dans les Asyles qui leur sont destinés*, rédigée par Jean COLOMBIER et François DOUBLET en 1785. Ils estiment que cet opuscule diffusé dans tous

⁵² Cette caricature de l'histoire est un peu radicale. Pierre MOREL et Claude QUETEL (dans J. POSTEL et Cl. QUETEL (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, Dunod, 2002, p. 127) restent sceptiques quant au refus du statut d'être humain au fou qui aurait prévalu avant PINEL. En effet, pour eux, la possibilité de guérison n'était pas ignorée en matière d'aliénation mentale au XVIIIe siècle, ce qui signifie que le fou est susceptible de redevenir un être humain normal. Peut-on dès lors imaginer, même à l'époque, que certains individus puissent soudainement accéder ou perdre la nature humaine, nature intrinsèque à la personne ?

⁵³ L'exhibition des fous, qui devient un spectacle bon marché pour les badauds parisiens, est interprétée par Michel FOUCAULT comme un signe de l'animalité des aliénés tels qu'ils sont ressentis encore au XVIIIe siècle. La réalité de cette attitude envers les insensés internés est rapportée par MIRABEAU dans ses *Observations d'un voyageur anglais sur la maison de force appelée Bicêtre* publié en 1788 et confirmée par un certain nombre d'autres témoignages d'époque. La pratique n'était d'ailleurs pas proprement française puisque les mêmes visites étaient organisées, par exemple, à l'hôpital de Bethléhem (dit « Bedlam ») de Londres.

⁵⁴ Cf. le chapitre sur les conditions d'enfermement pp. 33-38.

⁵⁵ Cette vision classique de la prise en charge de la folie est fortement contestée par Claude QUETEL qui affirme que des soins étaient prodigués en vue de guérir le malade de sa folie, même dans les dépôts de mendicité. Ce sont des obstacles pratiques, liés à la surpopulation de ces établissements, qui vont progressivement empêcher toute thérapeutique physique puis même morale. En outre, il s'appuie sur la consultation de nombreux rapports d'inspection datant des dernières décennies de l'Ancien Régime pour réfuter l'idée reçue que les insensés étaient enfermés à vie dans ces structures. Au contraire, il souligne que les pouvoirs publics étaient soulagés de libérer tous ceux dont l'état s'améliorait. Cf. Cl. QUETEL, « La question du renfermement des insensés », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, p. 118.

⁵⁶ Il semblerait en effet que ce soit Jean-Baptiste PUSSIN, lui-même ancien hospitalisé guéri et employé comme gardien des aliénés à Bicêtre à l'époque où PINEL y était médecin-chef, qui orienta ce dernier vers une nouvelle conception du soin de la folie. Il entra en effet en dialogue avec les aliénés et parvenait à obtenir des changements d'attitude prometteurs de leur part. Il devenait clair que ces individus étaient des êtres humains accessibles à un certain bon-sens et pour lesquels les chaînes non seulement étaient inutiles mais surtout inhumaines. Il soutenait, preuve à l'appui, que c'était ce traitement qui rendait les sains d'esprit réellement aliénés à la longue, ou du moins qui les amenait à adopter un comportement de folie furieuse par rébellion. Il semblerait également que ce retrait des « chaînes des aliénés » ait pris place dans un mouvement général ayant débuté avant PUSSIN et que cette moindre utilisation, voire la disparition de ce traitement à Bicêtre et à la Salpêtrière n'ait pas sonné l'arrêt de cette pratique dans tous les hôpitaux. On en veut pour preuve le rapport d'ESQUIROL *Des Établissements des aliénés en France et des moyens d'améliorer le sort de ces infortunés*, soumis au Ministre de l'Intérieur en 1818 (Paris, Mme HUZARD, 1819, 43 p.) qui évoque encore des aliénés enchaînés dans les établissements visités (cf. Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Tallandier, 2009, pp. 264-265).

les hôpitaux du Royaume pose déjà les principes de l'asile thérapeutique qui sera mis en place plus tard par PINEL et ESQUIROL : nécessité de soigner ces malades au-delà d'un simple enfermement, spécialisation des structures d'accueil des insensés et instauration en leur sein de quartiers de classement selon le comportement et le stade d'évolution de la maladie⁵⁷. Hommage est rendu également à Jacques-René TENON qui pose, dès 1788 donc avant ESQUIROL, le principe de l'asile comme « *remède* » en lui-même⁵⁸. Il le décrit comme une structure à l'intérieur de laquelle l'insensé connaîtrait une importante liberté de mouvement puisqu'il pourrait, dès lors qu'il est surveillé, « *sortir de sa loge, parcourir la galerie, faire un exercice qui le dissipe et que la nature lui commande* »⁵⁹.

Mais tous ces débats d'idées et réflexions théoriques ne semblent pas avoir éclos spontanément. Les conditions de vie, ancrage matériel et tangible de la situation dans le cadre pénitentiaire ou de celle des aliénés sont un vecteur important de la prise de conscience d'une nécessité de réforme.

II. LES CONDITIONS D'ENFERMEMENT : LE CHOC DE LA REALITE

Les conditions d'enfermement, que ce soit dans le cadre carcéral ou concernant les aliénés, restent mal connues sur un plan historique. Le flou qui règne au XVIIIe autour de la spécificité de chaque type d'enfermement et l'incapacité de faire découler des modalités d'exécution propres à chaque motif d'enfermement selon ses nécessités brouillent un tableau déjà peu lisible (A). Cependant, en sus de ce constat, plusieurs grilles de lecture s'entrecroisent : une première s'articule autour de deux facteurs d'influence : d'abord, ces conditions de vie semblent extrêmement différentes selon l'établissement étudié. Peu de points communs, en effet, entre les grosses structures parisiennes telles la Salpêtrière ou Bicêtre, qui rassemblent plusieurs milliers de pensionnaires, et les conditions d'une détention provisoire dans une chambre louée chez l'habitant en province. Ensuite, la fortune de l'enfermé peut profondément les faire varier (B).

La seconde grille de lecture se structure plutôt autour des motifs de dénonciation de ces conditions d'enfermement. Deux composantes fondamentales sont alors mises en cause : la sécurité des lieux au sens de la protection de la société contre les évasions d'une part (C), la salubrité et la protection de la santé ainsi qu'elles apparaissent à travers la prise de conscience humaniste de la fin du XVIIIe siècle d'autre part (D).

A · LE MANQUE DE STRUCTURES D'ACCUEIL ET L'ABSENCE DE SPECIALISATION DES ETABLISSEMENTS

Les conditions d'enfermement constatées dans les grands lieux de détention appartiennent aux déclencheurs de la vague d'indignation philanthropique du XVIIIe siècle en faveur des enfermés. L'une des premières raisons expliquant ces conditions déplorables est le manque chronique de locaux pour l'enfermement.

En effet, dès le XVIIe et durant tout le XVIIIe siècle, le nombre d'enfermés, toutes

⁵⁷ Cf. P. MOREL et Cl. QUETEL, « Bilan des thérapeutiques à la fin du XVIIIe siècle », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, pp. 125-126.

⁵⁸ J.-R. TENON, *Cinq mémoires sur les hôpitaux de Paris*, 1788. Ces observations et considérations sont imprimées donc divulguées sur ordre du roi, qui l'avait lui-même missionné pour cette étude et pour un voyage comparatif en Angleterre, où les hôpitaux sont considérés comme des fleurons du genre à l'époque.

⁵⁹ J.-R. TENON, cité dans Cl. QUETEL, « La question du renfermement des insensés », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, p. 119)

catégories confondues, va connaître une croissance exponentielle. La banalisation des enfermements administratifs *via* les lettres de cachet, l'affinement de la procédure judiciaire qui se montre plus scrupuleuse avant de condamner définitivement un individu et utilise par conséquent davantage la détention provisoire, enfin, l'émergence d'une utilisation courante de la prison comme sanction pénale amènent toujours plus d'incarcérations, pour des temps plus longs. Or ni les structures communes d'enfermement, déjà étriées auparavant, ni leur nombre, n'ont évolué par rapport aux besoins d'antan. Le pouvoir royal incite les communautés religieuses à ouvrir des maisons de correction ou de force, afin de désengorger les hôpitaux généraux, maisons de force et prisons, gérés par les pouvoirs publics, et la formule connaît un succès certain puisqu'à la fin du XVIIIe, environ deux tiers des maisons de force sont tenues par des religieux. Mais le nombre de places offertes reste insuffisant par rapport à cette recrudescence de besoins, d'où une surpopulation délétère sur tous les plans (sanitaire, moral, de l'efficacité de l'enfermement par rapport au but recherché etc.), en tout cas dans les lieux de détention les plus populaires.

La théorie commande, *a priori*, une différenciation des établissements selon le motif de l'enfermement. A la base, en effet, différents types d'établissement ont été mis en place au fil du temps. Parmi les principaux, on distingue les hôpitaux et les hôtels-Dieu, lieux de soins pour les malades et les infirmes ; les prisons – seigneuriales, municipales ou d'Etat – servant à incarcérer des prévenus afin de s'assurer de leur personne le temps d'une enquête criminelle ou en attente de leur jugement ; les maisons de force ou de correction qui semblent plutôt destinées aux individus enfermés pour des comportements déviants au plan de la morale ; les dépôts de mendicité, voués à l'accueil des vagabonds et autres « mauvais pauvres », dans l'objectif de leur porter secours en même temps que de corriger leur oisiveté par l'obligation de travailler ; les refuges, recevant les femmes du peuple débauchées.

Mais dans le contexte de cette fin d'Ancien Régime, les individus appréhendés sont en fait répartis dans les établissements publics au gré des places disponibles : des libertins et des prostituées continuent donc de côtoyer des criminels et des fous dans les dépôts de mendicité ou les maisons de force⁶⁰.

Quelques nuances doivent cependant venir relativiser ces affirmations. En premier lieu, les aliénés, lorsqu'ils sont diagnostiqués comme tels au moment de leur enfermement, semblent bénéficier d'un traitement de faveur sur ce plan, au moins dans la capitale : dès 1660, le Parlement de Paris avait ordonné qu'ils soient accueillis à l'Hôtel-Dieu pour y être soignés dans des locaux qui leur seraient réservés. Et au XVIIIe siècle, effectivement, l'habitude semble être prise de recevoir les aliénés, temporairement, au sein de ces hôpitaux généralistes pour tenter de les soigner, dans des salles séparées des autres malades. Par contre, si, au bout de deux mois de traitement physique, aucune amélioration du mal n'est observée, ils sont reconnus comme incurables, se voient remettre un certificat administratif d'incurabilité et sont envoyés dans des maisons de force ou des dépôts de mendicité ; retour donc dans des lieux d'enfermement indistincts et non médicaux et, *a priori*, également renoncement aux soins. Dans la région parisienne, les Petites-Maisons et Charenton pour les classes aisées, Bicêtre et la Salpêtrière pour les pauvres, sont généralement les destinations de ces aliénés condamnés par la médecine ; parmi les maisons de force, un semblant de spécialisation dans l'accueil des fous se dessine donc également chez certaines, mais il reste non radical, d'autres catégories de déraisonnables ou de déviants venant gonfler leurs effectifs. Plus généralement, un palliatif à la spécialisation des établissements semble être trouvé dans la mesure où les placements vont quand même être orientés suivant quelques grands axes. Ainsi, on va séparer les malades et les pauvres hères des individus enfermés pour déviance, délinquance et éventuellement des êtres dangereux.

En second lieu, le phénomène de brassage inter-catégoriel exposé précédemment est peut-être moins vrai pour les institutions privées : les institutions civiles payantes qui se créent au XVIIIe siècle ont une vocation originelle, notamment la prise en charge des fous et des

⁶⁰ Les cas de Bicêtre et de la Salpêtrière, restreints à l'accueil respectivement des seuls hommes et des seules femmes sont à isoler : ils regroupent au sein du même établissement presque toute la palette des structures d'enfermement possibles, depuis la prison jusqu'à l'hospice. C'est pourtant particulièrement pour l'accueil des insensés qu'ils sont réputés : la faiblesse de leur pension sinon leur gratuité les a amenés, au moins jusqu'à la création des dépôts de mendicité, à drainer la population folle et sans ressources y compris provinciale.

« imbécilles »⁶¹. Les institutions religieuses, parfois plus anciennes, balaient un champ plus large dans la mesure où elles s'offrent plus volontiers en maison de force. En réalité, officieusement, on s'aperçoit qu'elles se concentrent plutôt sur un type de correctionnaires, et qu'on peut voir apparaître, dans ce cadre, les premiers établissements spécialisés dans le traitement de la folie⁶². Dans ce contexte plus spécialisé, on peut alors voir un critère important de différenciation dans les conditions de vie de ces insensés, celui de l'agitation ou au contraire du calme de l'individu : les premiers sont soumis à l'isolement et à la contention permanente tandis que les seconds bénéficient de leur liberté de mouvement dans l'espace d'une cour ou d'un préau en-dehors des heures de repas et de coucher ; une situation plus vivable leur est ainsi faite. Cet état de fait n'empêche pas les mesures punitives *via* la contention, par le biais de carcan, de cep – une entrave en fer – ou encore *via* le placement ponctuel dans une cage.

La spécialisation des établissements, et notamment la création de lieux réservés aux insensés, devient par la suite un cheval de bataille hygiéniste et philanthropique à partir du XVIII^e siècle. Indépendamment de l'avancée du processus dans le cadre privé et surtout payant, cette spécialisation va effectivement commencer à être instaurée dans les établissements publics très progressivement à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, mais va avoir du mal à prendre de l'essor. En effet, dans les hôpitaux, les projets de reconstruction de l'Hôtel-Dieu en 1772 de Paris indiquent que l'aménagement de quartiers réservés aux insensés est désormais une évidence rentrée dans les mœurs ; par contre, des lieux d'accueil propres aux aliénés indigents sont toujours attendus⁶³.

Pas de spécialisation des établissements mais des vocations originelles, donc, et quelques particularismes de fonctionnement. A l'analyse, on constate en effet que le régime de vie imposé et les modalités d'enfermement diffèrent selon le type d'établissement et sa fonction théorique. Par exemple, les concierges ne semblent exister qu'en prison. La nature laïque ou religieuse de l'établissement va également fortement influencer sur le régime de vie imposé aux pensionnaires : les correctionnaires placés dans des couvents vont ainsi voir leur vie partagée entre travail et religion, la seconde pouvant parfois devenir omniprésente.

B · DEUX FACTEURS DETERMINANTS : LA TAILLE DE L'ETABLISSEMENT ET LA RICHESSE DE L'INDIVIDU ENFERME

Tous les établissements d'enfermement n'offrent pas un accueil uniforme, souvent décrit comme déplorable. Les deux critères de la richesse de l'enfermé et de la taille de l'établissement se révèlent ici déterminants dans le cas du fou comme du délinquant.

Ainsi, la vie est d'autant plus dure que l'établissement est de grande taille. Dans certaines villes de province ne possédant pas de prison, la détention peut s'effectuer dans une chambre louée chez l'habitant ; les conditions de vie restent alors très proches de l'ordinaire. Par contre, le tableau classique de l'entassement dans des lieux sordides, sans air, insalubres et humides, où la nourriture est pauvre et insuffisante et où la paille sert de couche correspond davantage aux grandes maisons de force, entre autres celles parisiennes⁶⁴. Les détenus et les fous calmes sont parqués dans de grandes salles communes, éventuellement occupés à quelques travaux. La promiscuité, l'hétéroclisme de la population, l'oisiveté et l'insalubrité permettent aux épidémies d'y faire des ravages, à la violence de suivre son libre cours, et amènent ces établissements à être dénoncés comme des écoles du crime et des lieux abandonnés au vice. Pourtant, le paroxysme semble être atteint dans les « loges », cellules d'enfermement individuel réservées aux fous furieux, souvent également situées dans ces établissements importants. Les individus agités y

⁶¹ Alors que la folie est un trouble ou une maladie touchant les facultés mentales du sujet, l'imbécillité renvoie à l'idée de faiblesse des capacités intellectuelles. Dans le domaine médical, la notion d'imbécillité correspond précisément, à cette époque au deuxième degré d'arriération mentale, entre la simple débilité et l'idiotie.

⁶² Tel est le cas de l'hôpital de Charenton, fondé par un particulier et confié aux Frères de la Charité de l'ordre de Saint-Jean de Dieu qui s'y installèrent en 1645.

⁶³ L'idée d'une telle création est pourtant soulevée dès le début du XVI^e siècle par le Bureau de l'Hôtel-Dieu de Paris.

⁶⁴ On pense encore une fois ici à Bicêtre et à la Salpêtrière. La prison du Châtelet peut également servir d'exemple.

sont confinés, généralement enchaînés, sans soins. Ils ne connaissent pour ainsi dire plus de stimulations sensorielles ou intellectuelles puisque, cloîtrés seuls dans ces antres humides, sombres et à l'atmosphère délétère, ils ne sortent pas et ne reçoivent aucune visite : la nourriture, d'ailleurs insuffisante, passe quotidiennement par un guichet pratiqué dans la porte. Toute notion d'hygiène comme de dignité est, bien entendu, à bannir : vêtus de haillons voire nus quelles que soient les conditions météorologiques, ils couchent sur de la paille et vivent au milieu de leurs excréments⁶⁵. L'idée répandue chez les historiens que, en cette fin de période, le fou est davantage considéré comme un animal que comme un être humain ne paraît pas incongrue face à de telles descriptions, *a priori* historiquement fiables étant donné leur récurrence et leurs auteurs.

Afin de contenir l'anarchie toujours possible et les rebellions latentes, la discipline de ces grandes structures est stricte et expéditive, violence décuplée en miroir à la difficulté à la maintenir.

Quant à la différence de traitement en fonction du degré de richesse de l'enfermé, elle est particulièrement flagrante en prison. Le concierge en est un pivot fonctionnel : dans tous les cas, il a tout pouvoir sur ses détenus, il est de notoriété publique que dans le monde carcéral, tout se monnaie, y compris la liberté par évasion. Quelle que soit la taille de l'établissement, toute une palette de services est accessible moyennant finances : chambre individuelle avec lit, chauffage, éclairage, commande de repas chez le traiteur, mais aussi possibilité de recevoir des visites⁶⁶, etc. Les concierges ne reçoivent pas de gages de la part des pouvoirs publics pour leur besogne, ils vivent de la pension qui leur est versée par le prisonnier pour son hébergement⁶⁷. Ils sont donc réputés pour être facilement corruptibles. Par contre, autant tout est accessible dès lors que l'on possède de quoi payer, autant est maudit le prisonnier sans le sou, car le concierge cherche alors à faire des profits sur tout, y compris sur le « sou du Roi » attribué aux indigents et qu'il rogne au passage. Or, quelle que soit l'évolution des politiques répressives, ce sont bien les pauvres qui forment la majorité de la population carcérale.

De la même manière, concernant les aliénés, les deux établissements gratuits de Paris que sont Bicêtre et la Salpêtrière paraissent n'accueillir que les indigents et les insensés vraiment dangereux. Dès que la famille possède un peu d'argent et que la dangerosité de l'individu n'est pas démesurée, elle s'arrange pour éviter l'enfer de ces deux établissements au parent placé, en l'installant plutôt dans une structure payante. Bien entendu, la qualité de vie et de prise en charge sont, là encore, à la mesure des moyens financiers de l'enfermé, les plus riches pouvant éventuellement se voir prodiguer leurs soins à domicile.

C · LA POROSITE DES ETABLISSEMENTS : LA FAILLE PERSISTANTE SUR LE PLAN SECURITAIRE

Outre l'insalubrité caractérisant généralement les lieux d'enfermement, au moins pour les plus populaires, ces derniers pèchent également par leur porosité. Cette perméabilité, celle des prisons notamment, est souvent consécutive à l'inadéquation des bâtiments à la fonction et au manque d'argent qui empêche des travaux d'adaptation architecturale, d'aménagement intérieur voire même de simples réparations. Il n'est évidemment pas question de constructions nouvelles : le coût de l'infrastructure est inabordable pour les pouvoirs publics. Outre cette perméabilité des murs, l'absence de gardiens ou leur corruptibilité, la liberté d'aller et venir qui peut être autorisée dans certains établissements, l'aisance du maintien de contacts avec l'extérieur sont

⁶⁵ Des descriptions, toutes plus scandaleuses les unes que les autres, témoignent de la réalité des conditions de vie inhumaines faites aux aliénés enfermés à l'époque. Celle proposée par J.-E. ESQUIROL dans *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal* (Paris, ed. J.-B. Baillière, 1838, 2 tomes, 678 p. et 864 p.) est particulièrement accablante et souligne particulièrement l'absence de soins dans laquelle ces individus sont laissés.

⁶⁶ Ces exemples correspondent à la description de la vie du détenu riche incarcéré au Châtelet à Paris (tiré de N. CASTAN et A. ZYSBERG, *Histoire des galères, des bagnes et des prisons*, op. cit., 2002, p. 76)

⁶⁷ A laquelle s'ajoutent les droits d'entrée et de sortie de prison et autres taxes du même acabit.

autant de facteurs multiplicateurs des facilités d'évasion.

D · LA PRISE DE CONSCIENCE HUMANISTE DE LA FIN DE L'ANCIEN REGIME

La prise de conscience de ces conditions de vie et de l'état généralement déplorable des lieux de séquestration a amené les philanthropes puis les pouvoirs publics à se pencher sur la condition des enfermés à partir du milieu du XVIII^e siècle. Plusieurs enquêtes sur les conditions de vie et la salubrité des lieux d'enfermement vont être commandées par les ministères ou menées sur initiative individuelle. La plupart du temps, elles examinent en même temps les hôpitaux et les prisons. Ainsi, le rapport de John HOWARD *État des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIII^e siècle*, édité en France en 1788 après une enquête menée dans ce royaume en 1787 et *Observations d'un voyageur anglais sur la maison de force appelée Bicêtre* du comte de MIRABEAU publié la même année restent les plus célèbres. Dès 1768, plusieurs enquêtes administratives avaient été commandées sur les « lieux de détention par lettre de cachet » et sur les prisons. En 1781, une inspection générale et permanente des hôpitaux civils et des maisons de force est créée : c'est dans un tel cadre que Jean COLOMBIER, inspecteur général des hôpitaux civils et des maisons de force, et son adjoint François DOUBLET remettent, après inspection, leur fameuse *Instruction de 1785 sur la manière de gouverner les insensés et de travailler à leur guérison dans les asiles qui leur sont destinés*⁶⁸ déjà citée. François DOUBLET enchaîne les études puisqu'il publie en 1791 *Mémoire sur la nécessité d'établir une réforme dans les prisons et sur les moyens de l'opérer* après dix ans d'inspection des divers lieux d'enfermement existant sur le territoire français⁶⁹.

Toutes ces études aboutissent aux mêmes conclusions : les conditions de vie infligées dans ces différents lieux d'enfermement sont inacceptables et même dangereuses, y compris pour la population générale : le manque d'hygiène et l'insalubrité de ces établissements en font des repaires du crime et des épidémies à partir desquels ils peuvent se propager dans le reste de la société. Ces constatations rejoignent ainsi les doléances connues, *via* des lettres de réclamations rédigées par des aliénés ou encore les témoignages d'anciens enfermés⁷⁰, qui marquent un *hiatus* déconcertant avec les conditions affichées par le règlement et le discours officiel à propos de certains établissements assurant un traitement plus spécialisé dans la folie tels que Charenton : selon ce discours, en effet, de véritables soins tels que bains et saignées seraient prodigués aux insensés en vue de les guérir. Une infirmerie serait à leur disposition pour la moindre gêne somatique. Une attention particulière serait portée à la qualité des menus, sains, équilibrés et en quantité suffisante, et pouvant même, dans des lieux comme Saint-Yon, changer tous les jours. Les malades bénéficieraient de divertissements tels qu'une librairie ou des sorties à la campagne pour les insensés calmes dès lors qu'ils y seraient autorisés.

Dans la réalité, il est donc impératif de remédier à des situations matérielles beaucoup plus frustes. Ce constat purement matériel recoupe tout le débat d'idées philanthropes précédemment exposé : la plupart de ces rapports ne se contentent pas d'exposer leurs observations, mais proposent des solutions qui en prennent le contre-pied. La mouvance humaniste et hygiéniste apparaît nettement derrière les solutions proposées. Comme cela a été signalé précédemment, la première exigence est la spécialisation des lieux d'enfermement, affinée par une répartition des enfermés par quartiers selon, soit leur type de folie, soit la nature de leurs méfaits. Cette nouvelle conformation des établissements permettrait un traitement de meilleure qualité car adapté de manière plus pointue à chaque type de problème. En outre, confinant tous les individus atteints des mêmes troubles ou des mêmes vices entre eux, elle éviterait toute propagation du mal. Bien entendu, des conditions de vie humaines dans des bâtiments aérés, de petite dimension et non surpeuplés, une nourriture saine et suffisamment

⁶⁸ La même année, le Roi demande à l'Académie des Sciences son avis sur la réforme des hôpitaux et J-R. TENON, membre de la commission, publie en 1788 *Mémoire sur les hôpitaux de Paris* qui fait l'état de la situation en matière de folie à Paris et dans quelques grandes villes de France.

⁶⁹ Cf. N. CASTAN et A. ZYSBERG, *Histoire des galères, des bagnes et des prisons*, op. cit., 2002, p. 212.

⁷⁰ Cf. Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 155-160.

abondante sont également revendiquées comme base pour asseoir une prise en charge médicale ou corrective.

Mais malgré ce bouillonnement d'idées et cette émulation intellectuelle sur le sujet, aucune réalisation pratique ne voit vraiment le jour avant la Révolution. Le manque d'argent est un frein rédhibitoire pour tous les projets royaux.

Ainsi, cet événement majeur dans l'histoire politique française s'avère également une plaque tournante pour l'aboutissement de réflexions longuement couvées quant à un regard nouveau à porter sur l'homme fou ou l'homme délinquant et quant à la mise en oeuvre de ces nouvelles approches.

III. UNE CHARNIERE DECISIVE, LA REVOLUTION

La Révolution est un point de non-retour dans l'histoire du droit pénal et de la peine, avec cette nouvelle place donnée à la prison, devenue depuis le Code pénal de 1791 le pivot en terme de peine sans que jamais cet acquis ne soit remis en cause (A). Le tableau est plus nuancé concernant la folie, les progrès conceptuels rivalisant avec les initiatives libertaires déplacées sur le plan institutionnel et sur celui de la prise en charge des personnes atteintes de folie (B).

A · LA REVOLUTION DANS LE CADRE PENAL : LE CODE PENAL DE 1791

Le siècle de la Révolution voit entériner, par sa formalisation dans des textes juridiques, un bouleversement radical dans le droit pénal et la conception de la peine. Ainsi, d'une part, le décret des 12-16 mars 1790 abolit le système des lettres de cachet et libère, à quelques exceptions près, toutes les personnes retenues dans les prisons françaises par ce mode d'action arbitraire. D'autre part, c'est bien la prison qui devient légalement le pivot de la nouvelle échelle des peines dans le Code Pénal révolutionnaire de 1791. En effet, la peine d'emprisonnement a le grand avantage de moduler la peine selon la gravité de l'infraction par le biais de la durée de l'enfermement. En outre, elle est compatible avec tous les principes issus du siècle des Lumières et désormais inscrits dans la législation française. Mieux, elle est d'autant plus probante dans son rôle répressif qu'elle joue sur la privation de la liberté d'aller et venir, définie par les Constituants comme le bien le plus précieux de l'Homme. C'est donc un châtiment apparemment plus doux qui est érigé comme référence en terme de sanction pénale, mais qui doit rester efficace. Les Hommes de la Révolution ne se veulent pas laxistes mais humanistes et se fondent sur une nouvelle vision de l'Homme donc de la peine, basée sur la possible rééducation de l'individu délinquant.

Ainsi, héritant du fonctionnement pénal de la fin de l'Ancien Régime, l'Assemblée Constituante commence par poser, dans la DDHC du 26 août 1789, plusieurs principes directeurs du droit pénal moderne que sont la présomption d'innocence (article IX), l'interdiction de toute détention arbitraire (article VII), la légalité des délits et des peines et la nécessité de ces dernières (article VIII). Les corollaires de non-rétroactivité de la loi pénale, de modération et de personnalisation stricte de la peine accompagnent de manière plus discrète ces principes : ils trouvent place dans le Code pénal de 1791⁷¹. Bien entendu, la notion d'égalité irrigue tous ces principes.

A partir de là, le nouveau Code pénal développe la conception de la peine telle que redéfinie à la Révolution : c'est l'utilité sociale de la sanction qui est recherchée. Ainsi sous-tendues par le double objectif de punition-expiation et de rééducation, les peines doivent

⁷¹ Le principe de proportionnalité de la sanction à l'infraction pénale sera pour sa part affirmé dans la Déclaration de 1793, qui complète ainsi la formulation de l'article VIII donnée par la DDHC en 1789.

toucher l'être humain mais surtout le citoyen, en tant qu'infracteur à l'ordre public. Ainsi, dès cette époque, le principe de base, prôné par Adrien DUPORT, est que l'individu soit atteint dans sa liberté, mais seulement dans sa liberté d'aller et venir et en aucun cas dans sa dignité d'Homme⁷². Il va sans dire que, malgré ces discours, les Constituants ont déjà conscience que la restriction d'un certain nombre de libertés et droits autres que la liberté d'aller et venir est inhérente à l'incarcération. Le Code pénal lui-même participe à cet écart puisqu'il décline la sanction de privation de liberté en trois degrés de peine – la détention simple, l'isolement absolu en cellule⁷³ et les travaux forcés – dont la sévérité se traduit par une atteinte à un nombre graduellement plus important de droits individuels. Par contre, le Code pénal n'affiche que des peines de prison temporaires, en cohérence avec la croyance dans une rédemption possible ; cette sanction n'existe que dans la perspective d'une réinsertion dans la société⁷⁴.

Au plan matériel, après la réforme en profondeur du droit pénal, l'amélioration des conditions de vie en prison s'avère le dernier point concernant la prison dont l'Assemblée Constituante doit se préoccuper. Ses membres sont bien décidés à éradiquer cette faille du système carcéral d'Ancien Régime : souci de cohérence avec leur idéal de respect de l'Homme dans toute sa dignité mais, comme on l'a vu, c'est aussi le terreau nécessaire pour rendre plausible et effective la fonction de rédemption qu'ils ont assignée à la peine d'emprisonnement.

Ainsi, dans l'« Instruction sur la procédure criminelle » de 1791, l'attention est portée aux conditions de vie des détenus. Rappelons la mission de « *consolateur* » de l'inspecteur qui doit venir vérifier le bon déroulement des détentions et l'état de santé des détenus deux fois par semaine. De même, les geôliers sont triés sur le volet en fonction de leur instruction et de leurs moeurs.

Les nouvelles orientations pénales impliquent également la construction de tout un réseau organisé de prisons, dissociant les maisons d'arrêt⁷⁵, réservées aux prévenus, des maisons de justice⁷⁶ pour les accusés et des prisons pour peine consacrées aux condamnés⁷⁷. Malheureusement, la préoccupation première des autorités locales est d'acquérir un grand nombre de bâtiments au moindre coût afin de subvenir aux besoins provoqués par l'instauration de l'incarcération comme sanction pénale commune. Elles n'hésitent donc pas, en dépit des instructions qui leurs sont envoyées en 1791, à reprendre d'anciens lieux de détention désaffectés ou à utiliser des biens confisqués à l'Église, peu appropriés à leur nouvelle affectation, et à rester laxistes sur la salubrité des locaux. Peut-être ces solutions économiques pour les villes et les départements se voulaient-elles provisoires. Il n'en reste pas moins que les troubles de la Terreur puis, ensuite, un désintérêt pour la question pénitentiaire ont pérennisé cette situation et qu'en 1798, les conditions de vie en détention sont restées inchangées voire apparaissent pires que sous l'Ancien Régime.

Du côté de la gestion de la pauvreté et du vagabondage, le Comité de mendicité instauré en 1790 par l'Assemblée Nationale propose l'ouverture de maisons de correction visant à remettre les « mauvais pauvres » sur le chemin du travail. Mais, alors qu'elles auraient dû remplacer les dépôts de mendicité, ces nouvelles « maisons de répression de l'an II » n'en sont

⁷² « Le condamné perd, pendant qu'il subit sa peine, tout ou partie de ses droits de citoyen, mais conserve toujours ceux d'Homme ; l'insulter ou le maltraiter est une lâcheté et un délit punissable. » (A. DUPORT, art. XXXVIII des *Principes fondamentaux de police et de justice*, 1789)

⁷³ Ces deux premières peines sont dénommées respectivement « peine de fers » et peine de la « gêne » à l'époque.

⁷⁴ Un certain nombre de Constituants restent cependant sceptiques sur la possibilité d'amendement des condamnés et la conception extrêmement optimiste de la nature humaine développée ici. Dans le même esprit, l'abolition de la peine de mort sera rejetée par une majorité de l'Assemblée.

Il est vrai, par ailleurs, que la peine de prison n'apparaît qu'en troisième position dans l'échelle des sanctions, graduée dans un sens descendant : la peine de mort, on vient de l'évoquer, et celle de travaux forcés la précèdent. Mais c'est l'étendue des infractions auxquelles elle sert de réponse pénale ainsi que la nature de ces infractions qui en font la peine de référence, contrairement à ces lourdes peines, devant garder un caractère exceptionnel.

⁷⁵ Placées auprès des nouveaux tribunaux de district.

⁷⁶ Placées auprès des nouveaux tribunaux criminels départementaux.

⁷⁷ Il est vrai que l'Assemblée Constituante s'est dissoute sans avoir eu le temps d'adopter les décrets d'application permettant d'établir définitivement et précisément l'organisation des différents types de prisons que crée la loi, et que l'Assemblée législative n'a pas pris le relais.

que le prolongement. Elles renferment donc exactement la même population qu'eux, allant même jusqu'à accueillir des criminels avérés, en dépit du principe théorique de séparation entre ces structures d'essence seulement corrective et les prisons pour peine. A. FORREST en vient à les qualifier de « dépotoirs » recueillant tous les types de marginaux⁷⁸.

B · LA REVOLUTION DANS LE MONDE DE LA FOLIE : ENTRE PROGRES CONCEPTUELS ET RETOURS EN ARRIERE MATERIELS

Au plan conceptuel, l'époque révolutionnaire coïncide avec un changement d'attitude notable face à la folie. Ce mouvement se traduit en deux modifications de comportement différentes, en réponse aux deux manières traditionnelles d'appréhender les fous précédemment évoquées, appuyées sur l'antinomie curabilité/incurabilité.

Dans le premier cas, le changement de regard progressivement porté sur la folie va amener à extraire les aliénés « légers » de la grande masse des « *déraisonnables* »⁷⁹ et à réellement les reconnaître comme des malades⁸⁰ ; dans le second cas, ce nouveau regard va amener à commencer par réhumaniser les individus considérés comme incurables, changement d'attitude qui sera symbolisé par l'image de PINEL libérant ces fous de leurs chaînes à Bicêtre en 1793⁸¹. Ces deux applications du changement ne sont que la traduction, adaptée à chacun des cas de figure, de la réforme générale, plus théorique : la nouvelle médicalisation de la folie entraîne la reconnaissance d'une identité propre à ce groupe d'individus que sont les fous, catégorie à prendre en charge possédant ses propres problématiques, ses propres besoins et ses propres caractères.

Donc tout commence par la reconstitution d'une catégorie unique de malades – les aliénés – abstraction faite, désormais, de leur degré de curabilité. En effet, c'est précisément sur cette notion de curabilité plus encore que sur l'idée d'humanisation de la folie que s'assoit le schisme entre l'époque pré-pinélienne et ce qui va devenir la psychiatrie : elle qui servait de critère de répartition des aliénés entre les deux catégories sus-évoquées perd tout sens dans la mesure où PINEL fait de la guérison l'objectif de toute prise en charge de malade et réfute donc, par principe, la notion d'incurabilité⁸². La réhumanisation du fou, quant à elle, est incluse dans ce renoncement à la distinction entre curabilité et incurabilité, dans la mesure où on reconnaît à chacun un droit à être soigné. Le droit qui sera applicable aux aliénés pourra alors différer des règles communes afin de prendre toute la dimension de leur spécificité, notamment concernant leurs éventuels comportements pathologiques. Malades, ils sont anormaux mais non coupables de ces troubles. Malades, ils sont également susceptibles d'être soignés. Et seulement malades, les fous en général sont surtout réintégrés dans la catégorie des êtres humains.

Au plan des idées et de la médecine, si par cette médicalisation naissante de la folie, les

⁷⁸ Bicêtre en est l'exemple le plus célèbre, mais des structures semblables existaient au Havre, à Bourges etc.

⁷⁹ Expression empruntée à Michel FOUCAULT pour désigner ici tous les individus ayant un comportement jugé non conforme à la morale et/ou à l'ordre publics, voire simplement sortant un peu de l'ordinaire et gênants (pour la réputation de la famille etc.). Sont donc visés les débauchés (rapport à la sexualité jugé scandaleux), les libertins (dont la pensée est jugée trop libre et excédant les normes morales et surtout religieuses de l'époque), les prodiges (ayant des capacités dilapidatrices de leur fortune pouvant mettre en danger la bonne marche de la famille), auxquels sont rajoutés ici les pauvres, assimilés à des oisifs (alors que l'oisiveté devient à l'époque moralement condamnable).

⁸⁰ Cet appel à la prise en charge des insensés par l'Assistance Publique en tant que catégorie de malades à part doit être mis notamment au compte de la commission d'enquête sur les conditions hospitalières mise en place par TURGOT entre 1774 et 1776 et confiée à LOMENIE de BRIENNE. Les insensés sont considérés avoir constitué 10 à 20 % de la population rassemblée dans les dépôts de mendicité.

⁸¹ Cette scène a été représentée en peinture par Charles MULLER. Son pendant pour la libération des folles à la Salpêtrière en 1795 a été exécuté par Tony ROBERT-FLEURY en 1876. L'existence de ces deux toiles sur ce thème illustre la mythologie qui s'est créée autour de cet événement symbolique.

⁸² Il reste entendu que PINEL, ici utilisé comme le marqueur temporel par excellence du changement du fait du mythe qui s'est bâti autour de son action, a eu des précurseurs dans l'énonciation de sa théorie. L' *Instruction sur la manière de gouverner les Insensés, et de travailler à leur guérison dans les Asyles qui leur sont destinés* de COLOMBIER et DOUBLET, désignée plus généralement sous le vocable de « circulaire de 1785 », remet déjà en cause cette séparation des aliénés entre curables et incurables.

comportements « fous » sont décriminalisés et réhumanisés, ils ne sont pas pour autant banalisés. L'anormalité qui les caractérise n'est pas moralement condamnée mais elle est scientifiquement inacceptable : ces individus sont dans l'erreur et doivent être remis dans le droit chemin de la pensée rationnelle. Il est d'évidence qu'ils ne peuvent rester dans leur état pathologique sans soin.

Au plan matériel et institutionnel, les projets de création d'hôpitaux psychiatriques spécialisés et pensés dans l'optique de soins et de la guérison de malades durant le XVIII^e siècle vont en réalité rester à l'état théorique du fait de la Révolution française. Cette dernière constitue une véritable page blanche dans l'histoire des conditions d'internement des aliénés. Certes, elle a aboli, on l'a vu, par décret des 12-16 mars 1790, le procédé majeur de privation de liberté pour cause de trouble mental utilisé jusqu'alors, à savoir la lettre de cachet⁸³ ; mais malgré ses discours humanistes et novateurs, elle laisse se perpétuer les anciens modes de vie dans des lieux d'enfermement qui demeurent inchangés. Ceux-ci sont même en nombre restreint par rapport à la période antérieure : en effet, suite à son aversion pour la religion et les couvents, elle a fermé un nombre important de lieux d'enfermement de fous⁸⁴, renvoyant du même coup ces derniers dans leurs familles. Or cette démarche extrémiste a vite posé problème, un certain nombre d'aliénés patentés se retrouvant théoriquement sous la responsabilité d'une famille qui se révèle elle-même assez démunie quant à la prise en charge de cet individu. Les pouvoirs publics ont d'ailleurs, apparemment rapidement, compris leur erreur, une maison comme Charenton ayant été rouverte à peine deux ans après sa fermeture⁸⁵. En province, ces aliénés sont replacés dans des institutions privées qui ne sont souvent autres que d'anciennes maisons de force laïcisées ou des dépôts de mendicité.

Au plan purement juridique, la pensée révolutionnaire révèle dans ses textes normatifs des accents paradoxaux. En effet, alors qu'elle semblait reconnaître le fou comme un être humain malade et à soigner dans le décret des 12-16 mars 1790, elle assimile ensuite, par deux fois – dans la loi des 16-24 août 1790 et dans le décret-loi des 19-22 juillet 1791⁸⁶ – les aliénés à des « *animaux malfaisants ou féroces* ». La régression est notoire et a pu permettre à un certain nombre d'auteurs⁸⁷ de condamner la Révolution française pour son arriérisme en matière de réglementation concernant les insensés.

L'émulation intellectuelle humaniste alliée aux constats matériels a trouvé une terre propice, dans la période révolutionnaire, pour la réalisation concrète de ses idéaux. La foi dans les capacités de la Raison, en ce moment de grand bouleversement, amène aux plus grands espoirs, en des projets d'envergure, notamment dans les domaines de la peine et de la folie. Il s'agit de regarder l'homme fou et l'homme délinquant sous un jour nouveau, armé d'une conviction : la capacité de la Raison à les transformer et l'existence de moyens pour réaliser cet objectif. Cela aboutit à la fondation de l'institution totale.

⁸³ Tous les enjeux et les problématiques liés à cette décision sont étudiés de manière approfondie dans la seconde partie, pp. 449 et s.

⁸⁴ Un grand nombre de structures étaient gérées, en effet, par des religieux à la fin de l'Ancien Régime. Ces derniers avaient été fortement incités au cours du XVIII^e siècle à aider l'Etat dans sa prise en charge des enfermés, les structures d'accueil faisant cruellement défaut à l'époque du Grand renfermement, et l'entreprise a brillé par sa réussite puisque, selon Claude QUETEL, près des deux tiers des 500 à 600 maisons de force du Royaume sont tenues par des communautés religieuses. (Cl. QUETEL, « La question du renfermement des insensés », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2002, p. 113).

⁸⁵ Charenton a été fermée entre 1795 et 1797.

⁸⁶ Article 15-3 du Titre Ier du décret-loi des 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle : « *Ceux qui laisseront divaguer des insensés ou furieux, ou des animaux malfaisants seront, indépendamment des réparations ou indemnités envers les parties lésées, condamnés à une amende qui ne pourra être au-dessous de quarante sous, ni excéder cinquante livres et si le délit est grave à la détention de police municipale ; la peine sera doublée en cas de récidive.* »

⁸⁷ Michel GOUREVITCH, Pierre MOREL, Claude QUETEL ou, plus récemment, Thibault GONGGRYP peuvent être cités à ce titre. Cf. plusieurs contributions précitées dans l'ouvrage de Jacques POSTEL et Claude QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2002 ainsi que Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental : la légitimité d'une institution attentatoire aux libertés*, thèse de doctorat de 3^e cycle, Université d'Aix-Marseille III, 2007, notamment p. 123.

SECTION II : LA MISE EN PLACE DU PARADIGME (1792-1830)

Dans leur ouvrage commun *La pratique de l'esprit humain. L'institution asilaire et la révolution démocratique*, Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN posent la thèse que le modèle de l'institution totale préexiste à l'apparition de l'asile psychiatrique. Ils affirment en effet que le paradigme qui y correspond est la continuité institutionnelle du courant de pensée humaniste en vogue à la Révolution : la certitude de la faculté qu'a la société de changer l'Homme, ou, pour employer les termes radicaux de Marcel GAUCHET dans sa préface, « [...] de produire l'homme, de le recomposer ex nihilo sur le plan moral, de le refaire artificiellement grâce à l'influence de l'institution où il baigne. »⁸⁸. Si préexistence du paradigme institutionnel il y a, la similitude d'organisation entre le monde carcéral et son « industrie de la punition »⁸⁹ d'une part, le monde psychiatrique et son « industrie du soin » d'autre part est toute expliquée. A la même volonté de correction des déviations, de normalisation de la nature humaine, le même remède est appliqué. Sur ce plan, Marcel GAUCHET relève néanmoins une nuance entre l'asile et la prison : alors que la seconde « [...] est au service d'une action de l'individu sur lui-même [...] »⁹⁰, c'est-à-dire qu'elle s'adresse à un homme sensé et pourvu d'une volonté dont il a la totale maîtrise, qui doit (certes, il n'en pas le choix) choisir de se transformer et qu'il faut donc convaincre, l'action menée dans le cadre du premier est plus radicale ; il s'agit « [...] de s'emparer de lui [l'individu traité], pour le refaire, en quelque sorte, pour reconstruire son individualité du dehors et à son insu. »⁹¹. Se repose alors la question de la subjectivation de l'insensé : dans cette démarche, est-on dans la considération d'un sujet tel que l'a « inventé » PINEL à la même période ? La réponse est affirmative, tout le saut idéologique se retrouve dans le maintien de cette coupure. Malgré les apparences, dans ce traitement de masse, on reste dans un « dialogue avec l'insensé »⁹² dans la mesure où on s'adresse à la part raisonnable de ces malades ; cette idée qu'ils sont effectivement des êtres humains dotés d'une conscience justifie ce travail sur leur esprit, cette rééducation. Et ainsi que l'explique le philosophe, même si l'asile débouche sur un échec thérapeutique, il marque une étape décisive et de non-retour dans sa contribution, en tant que « machine à socialiser », dans la « réduction de l'altérité de la folie »⁹³.

Le principe fondamental de ces institutions de réformation repose sur une efficacité théoriquement implacable : extraire l'individu de son milieu donc de ses repères et le plonger dans un environnement clos dont tous les paramètres ont été savamment calculés. Sans contact avec l'extérieur, l'être ainsi déplacé est obligé de se retrouver des marques dans ce nouvel univers inconnu, où, perdu, il sera vraisemblablement d'autant plus perméable à des redressements de sa personnalité et des changements de comportements⁹⁴. Isolement, autarcie institutionnelle, pouvoir fort des « maîtres » de l'institution sur les reclus et discipline interne généralement rigoureuse deviennent les piliers principaux du paradigme de l'institution totale. S'y rajoutera rapidement, quoique de manière moins systématique, le phénomène factuel de la concentration d'effectifs importants au sein de ces institutions.

⁸⁸ Cf. p. XXIV de la préface inédite de Marcel GAUCHET rajoutée lors de la réédition en 2007 de M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain. L'institution asilaire et la révolution démocratique*, Paris, éd. Gallimard, coll. « Tel », 1980, 515 p.

⁸⁹ Expression empruntée à Nils CHRISTIE qui titre ainsi son ouvrage sur les prisons et les politiques pénales actuelles dans les sociétés occidentales (*L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Autrement, coll. « Frontières », 2003, 219 p.)

⁹⁰ Cf. p. XXV de la préface inédite de Marcel GAUCHET rajoutée lors de la réédition en 2007 de M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain. op. cit.*, 1980, 515 p.

⁹¹ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, 1980, *op. cit.*, 515 p.

⁹² Reprise, hors contexte, du titre de l'ouvrage de Gladys SWAIN concernant l'histoire du traitement de la folie *Dialogue avec l'insensé. Essai d'histoire de la psychiatrie*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1994, 281 p.

⁹³ Cf. p. XXVII de la préface inédite de Marcel GAUCHET rajoutée lors de la réédition en 2007 de M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain, op. cit.*, 1980, 515 p.

⁹⁴ Cf. ici l'usage de la disciplinarisation des corps (exemple de la marche réglée d'une troupe d'infanterie) décrit par Michel FOUCAULT dans *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, coll « Tel », 1975, pp. 153-154.

Absence, à l'époque, de scrupules éthiques quant à cette transformation imposée à la nature humaine individuelle, puisque le siècle de la Raison a légué aux Hommes de la Révolution la croyance en une Vérité univoque. C'est même, au contraire, pour le bien de l'individu, et derrière lui de l'ensemble des communautés humaines, que la société doit agir sur les natures individuelles déviantes par le biais, notamment, d'institutions réformatrices. La société, c'est-à-dire l'État récemment devenu la voix transcendante de la démocratie, se retrouve donc dotée d'un pouvoir virtuellement absolu : il peut tout, dès lors que l'assemblée des citoyens le lui autorise par son vote. L'institution totale telle qu'elle se met en place au début du XIX^e siècle serait donc, selon Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, l'une des voies par lesquelles l'État affirme son plein pouvoir sur la communauté humaine nationale en ramenant les individus déviants vers sa vision de l'Homme « normal ».

Si cette thèse est conceptuellement recevable, l'analyse plus empiriquement juridique de la mise en place concrète des institutions totales montre un État beaucoup moins enclin à s'impliquer dans ces prises en charge que ne le laisse penser ce discours. A défaut de s'en remettre systématiquement au secteur privé pour gérer ces nouvelles institutions, il n'hésite pas à déléguer ces prises en charge aux départements et aux municipalités. On assiste donc à une dissociation entre une implication conceptuelle de l'État dans la formation du paradigme de l'institution totale et dans l'énoncé des politiques de gestion des déviants d'un part, et dans son retrait en ce qui concerne l'application pratique de cette idéologie d'autre part. Cette situation apparaît peut-être de manière moins visible dans le milieu psychiatrique que dans celui carcéral dans la mesure où le discours psychiatrique s'est littéralement réapproprié le concept d'institution totale, sans faire référence à une paternité étatique antérieure du paradigme.

L'étude de l'émergence des institutions totales dans le paysage français implique de se pencher en préliminaire sur la construction d'abord théorique du modèle dans chacun des deux discours, psychiatrique et répressif (sous-section 1), avant de considérer l'élaboration empirique du « modèle » institutionnel (sous-section 2). Les conditions de vie subies au sein de l'institution laissent, quant à elles, déjà transparaître, sur un plan matériel, la place congrue faite à l'individu enfermé (sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 : APPARITION DU MODELE DANS LES DISCOURS

La création des institutions psychiatrique et carcérale totalitaires trouve son origine première dans une conceptualisation d'un traitement psychiatrique novateur d'une part (I), de la peine d'autre part (II).

I. APPARITION DANS LE DISCOURS MEDICAL ET SA MISE EN PRATIQUE

Avec la création du traitement moral, PINEL amène l'idée d'une entrée en communication possible avec le patient. L'insensé n'est plus un être inabordable pour le médecin, il garde une part de raison par laquelle on va pouvoir avoir prise sur lui et dialoguer. Révolution et acte de naissance de la psychiatrie que cette nouvelle approche de la folie, comme on l'a déjà expliqué précédemment. Elle retourne le postulat *ante-pinélien* de « *l'incurabilité de principe, éventuelle curabilité de fait* » du fou : désormais, l'aliéniste aborde son fou avec l'idée de « *curabilité de*

principe, éventuelle incurabilité de fait »⁹⁵, préceptes qui peuvent d'ailleurs se replacer dans toute la lignée des psychothérapies émergeant au XVI^e et toujours pratiquées de nos jours. L'« écoute empathique »⁹⁶ devient la clef de l'entretien entre patient et aliéniste, ce dernier adaptant son discours au cas du malade : compassion, « parler avec douceur » et libre cours laissé à la parole du malade ou au contraire sévérité et crainte de la figure du médecin imposée au patient. Dans cette première définition du traitement moral, l'institution asilaire reste le cadre en arrière-plan de l'épanouissement du soin. Elle doit s'organiser en tant qu'établissement voué à la guérison des aliénés. Quelques principes directeurs destinés à en fixer le fonctionnement quotidien sont donc indiqués, mais au même titre que l'on fixerait les grandes règles de fonctionnement de n'importe quelle institution. Il est clair, par contre, que, loin de se résumer à un lieu d'exclusion de la société et de renfermement individuel, elle doit être un lieu de vie communautaire, permettant à l'enfermé de se retisser des liens de sociabilité, même exclusivement endogames. La convivialité appartient à l'arsenal des remèdes contre la maladie mentale.

Le premier modèle pinélien de l'asile, mis à l'épreuve de la pratique, va cependant être rapidement modifié par son concepteur. En effet, une première faille se révèle dans le système de PINEL lorsque ce dernier se laisse prendre au jeu des séductions narcissiques et ne joue plus son rôle de soignant. Suite à des expériences malheureuses, il va davantage insister sur l'autorité du médecin. Le renforcement de cette dernière va dicter toute la réorganisation progressive de l'institution asilaire ; l'aliéniste va devenir peu à peu la figure univoque du pouvoir absolu au sein de l'institution.

La relative sagacité de ce précurseur de la psychiatrie, outre d'avoir conclu à la curabilité de la folie, provient en réalité de son audace à généraliser ses observations sur les maniaques à l'ensemble de la folie⁹⁷. Audace qui sera également à l'origine de l'échec de sa théorie initiale du traitement moral. Le *hiatus* que l'on peut observer entre la première et la deuxième édition de son *Traité* en est une preuve explicite⁹⁸. En moins de dix ans de mise en application de son traitement, PINEL doit se rendre à l'évidence que la guérison n'est pas systématique et il corrige son ouvrage en conséquence. L'institution asilaire en tant que telle prend alors une place prépondérante dans le traitement de la folie. Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN parlent même de « *subordination du point de vue thérapeutique au point de vue de la gestion d'une entité collective.* »⁹⁹. Désormais, le traitement moral passe moins par la relation singulière de l'aliéniste à son malade que par la vie au sein d'une collectivité dont le fonctionnement quotidien est rigoureusement réglé. Signe annonciateur de l'évolution institutionnelle plus radicale où l'institution en tant que telle est explicitement affirmée comme moyen de guérison ; en effet, nulle part PINEL n'évoque expressément cette thèse, qui va pourtant devenir le cœur du traitement psychiatrique chez ses successeurs, mais tous les éléments sont déjà en place.

Un temps d'arrêt est nécessaire à ce niveau de la présentation pour bien souligner l'originalité de ce nouveau rôle qui va désormais être donné à l'institution asilaire : rien à voir avec le rôle « soignant » par eux-mêmes conférés aux hôpitaux pour aliénés par des auteurs de la fin de l'Ancien Régime comme COLOMBIER et DOUBLET ou comme Jacques-René TENON. Dans cette approche encore *ante-pinélienne* de la folie, l'insensé restait l'« étranger » – *alienus* – et n'ayant pas accès au sens commun ; on ne pouvait donc avoir aucun contact avec lui. Le seul soulagement qu'on pouvait lui apporter était de le laisser manifester sa folie en toute liberté au sein d'une institution contenant, c'est-à-dire sur un territoire délimité et qui lui était voué. C'était la définition alors donnée au « traitement » de la folie. Saut déjà important dans le regard posé sur la folie, dans la mesure où on adoptait une attitude enfin humaine et

⁹⁵ Ce jeu d'expression croisée est emprunté à M. GAUCHET et G. SWAIN dans *La pratique de l'esprit humain*, 1980, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁹⁶ Expression postérieure, de Carl ROGERS.

⁹⁷ Ainsi, son fameux *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, où il expose ses théories sur le traitement moral, est paru, dans un premier temps, sous le titre de *Traité sur la manie*. (Source : M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, *op. cit.*, 1980)

⁹⁸ La première version du *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale* paraît fin 1801 (soit au début de l'an IX), la seconde édition paraît en 1809.

⁹⁹ M. GAUCHET et G. SWAIN dans *La pratique de l'esprit humain*, *op. cit.*, 1980, p. 95

compassionnelle envers les fous ; mais vision à mille lieues de l'approche institutionnelle proposée par PINEL et ses disciples. En effet, avec ce dernier, l'institution asilaire devient désormais un instrument de guérison en ce que son ordre interne, visant à gérer une collectivité, permet à l'autorité unique qui se trouve à sa tête d'avoir « *un accès simultané et intérieur à l'âme des aliénés qui la peuplent* »¹⁰⁰. Selon la célèbre expression d'ESQUIROL, expliquant de façon limpide la conception aliéniste qu'il défend : « *Une maison d'aliénés [...] entre les mains d'un médecin habile, c'est l'agent thérapeutique le plus puissant contre les maladies mentales* »¹⁰¹.

A partir de là va pouvoir émerger la figure paradigmatique de l'asile en tant qu'institution totale : avènement du personnage médical comme autorité absolue et unique au sein de l'entité asilaire, prise de pouvoir sur les reclus par l'institution. Une prise de pouvoir qui se veut intégrale puisque touchant autant les plans physique et matériel que leur âme. C'est en effet cette dernière qui est la cible principale de l'aliéniste et donc de l'institution qui lui sert d'auxiliaire, dans la mesure où c'est bien la guérison de la maladie mentale de son fou qu'il cherche à atteindre, autrement dit le retour de ce dernier à la raison.

II. APPARITION DANS LE DISCOURS ET LES POLITIQUES PENITENTIAIRES

Pour Eric PECHILLON, la sécurité est le principe fondateur premier du droit pénitentiaire : la prison est avant tout, un moyen d'assurer le maintien de l'ordre public envers la société extérieure ; c'est également la sécurité qui sert de fil conducteur à l'organisation et à l'ordre internes¹⁰². Cette thèse peut être considérée comme atemporelle au niveau de l'histoire de la prison moderne, même si, au gré des époques, d'autres missions et justifications pourront venir s'ajouter à cette « basse continue » de l'activité pénitentiaire.

Au sortir de la Révolution, c'est d'hygiénisme et d'humanisme que se mâtime l'idéologie pénitentiaire en plus de la sécurité. Comme on a pu déjà l'évoquer, à cette époque libérale, le délinquant, toujours amendable, doit être enfermé, dans des conditions saines, au sein d'établissements spécialisés en fonction de son statut (prévenu, accusé, condamné) ainsi qu'en fonction de son sexe. L'idéologie dominante, énoncée déjà par l'Assemblée Constituante en son temps et qui résiste durablement aux changements de régimes politiques, s'appuie sur deux pivots : le travail et l'instruction. Théoriquement, tous deux participent à l'éducation déficiente du délinquant et à sa moralisation. La religion s'y rajoutera lorsque le pouvoir napoléonien renouera le lien rompu à la Révolution entre la France et les Églises, notamment celle catholique.

En outre, le Code pénal de 1791 impose l'exposition sur un échafaud en public, suite à la condamnation et préalablement à la mise à exécution de la peine d'emprisonnement. Par ce biais, les Constituants satisfont à leur volonté d'exemplarité de la peine. Mais parallèlement, ils rejettent le projet d'ouvrir mensuellement les prisons au public afin que ce dernier puisse prendre la mesure de ce qu'est la peine de prison et renoncer à la commission de tout méfait par crainte de cette rétribution pénale. Jacques-Guy PETIT juge ce refus comme une articulation du droit pénal : la peine de prison du nouveau code est une peine « *obscur et cachée* »¹⁰³, qui reste invisible du public. C'est un premier caractère de l'institution totale qui s'esquisse ainsi.

Une question, enfin, se pose avec acuité étant donnée la place prépondérante donnée à la prison dans le nouveau code pénal : l'enfermement préconisé doit-il prendre la forme d'un

¹⁰⁰ Citation extraite de M. GAUCHET et G. SWAIN dans *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p. 95

¹⁰¹ J.-E. ESQUIROL, Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal, op. cit., 1838, tome II, p. 398.

¹⁰² E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 204, 1998, 627 p.

¹⁰³ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures. La prison pénale en France, 1780-1875*, Paris, Librairie Arthème FAYARD, 1990, 702 p.

isolement de jour et de nuit, seulement de nuit, ou encore, à l'inverse, être communautaire ? Pointe alors, dès la fin du XVIII^e siècle, le débat, qui va connaître sa postérité durant la période suivante, du caractère nécessairement cellulaire ou non de l'enfermement carcéral, débat récurrent au sein des institutions totales.

A l'extrême fin du siècle, alors que le courant philanthropique dominant à l'époque de la Constituante fait place au désabusement et au désintérêt pour la question pénitentiaire, quelques réflexions mûrissent, visant à résoudre le problème carcéral latent, constitué de la surpopulation dans les établissements, des conditions de vie indignes et de l'oisiveté régnant dans ces lieux de réclusion. Emerge alors le concept de « prison-manufacture », très inspiré des dépôts de mendicité. Issu de la philosophie optimiste toujours d'actualité en cette période *post-révolutionnaire*, il s'appuie sur l'idée, soutenue par John HOWARD et les utilitaristes, qu'on ramène le détenu à l'honnêteté en le rendant laborieux. On reste donc, dans ce cadre, sur une conception de la peine comme un rachat de sa faute et une rééducation du délinquant, dans une perspective de réinsertion sociale.

Cette solution répond à toutes les attentes et difficultés traversées par les pouvoirs publics en matière de prison : fonctionnant, à terme, en autarcie, ces établissements pour peine seraient peu coûteux financièrement et utiles autant au condamné, à qui ils permettraient d'apprendre un métier et de se réhabituer à la vie laborieuse et cadrée des ouvriers, qu'à la société qui verrait revenir à elle un individu réadapté à la vie en son sein. Et, effectivement, il est intéressant de constater, que, dans les premières maisons centrales, la vie est, certes, davantage balisée qu'en liberté, mais qu'on assiste à une banalisation de la condition de condamné, qui devient un travailleur comme un autre. Cela est si vrai que Charles-Louis-Fleury PANCKOUCKE affirme en 1807, concernant ces condamnés, « [ils] recevront, aussitôt après leur admission, le nom de travailleurs »¹⁰⁴. Utopiquement devrait ressortir de prison un individu doté d'un savoir pratique pouvant immédiatement être mis à profit et qui, en outre, aurait pris goût au labeur. En concordance avec cette vision, TREILHARD déclare en 1808 à propos des maisons de détention instaurées par le Code d'instruction criminelle : « Ainsi, les condamnés auront trouvé, dans un séjour de deuil et de misère, la source des biens les plus solides, l'habitude du travail et le talent d'une profession. Ils sortiront, après avoir subi leur peine, non plus comme autrefois, sans ressources, livrés à la plus triste indigence [...] »¹⁰⁵. La mise en pratique viendra contrecarrer en partie ces plans idéalistes, mais il n'en reste pas moins qu'à l'époque, la prison s'articule donc théoriquement autour de la rigueur bienfaitrice inhérente au travail.

Ces structures carcérales semblent la première esquisse de l'institution totale telle qu'elle va se construire dans le cadre pénitentiaire. En effet, elles se présentent immédiatement comme d'importantes structures d'accueil, rassemblant un grand nombre d'individus, soumis à l'obligation de travailler et à un régime de vie strict. Elles sont pensées dès le départ pour renfermer, parmi les détenus¹⁰⁶ condamnés à la prison, la population la plus lourdement punie, et une attention particulière est portée à leur sécurisation.

En attendant l'acceptation puis la mise en place par le pouvoir central de ce concept de maison centrale, en 1798-1799, le principal porteur du projet, l'inspecteur des prisons GRANDPRE¹⁰⁷, travaille à l'amélioration des infrastructures d'accueil des condamnés déjà existantes (les dépôts de mendicité notamment), afin de leur permettre de recevoir davantage d'occupants. Son objectif est d'inscrire comme axe de la politique pénitentiaire le respect des droits des détenus et des orientations philanthropiques de 1791. Sans doute, sont-ce les dernières actions dans un sens libéral avant un retour du balancier vers un discours répressif et sécuritaire. La période napoléonienne, marquée par l'instauration du Code d'instruction criminelle de 1808 et du Code pénal de 1810, est, en effet, réputée pour son durcissement des peines et du système

¹⁰⁴ C.-L.-F. PANCKOUCKE, De l'exposition, de la prison et de la peine de mort, Paris, 1807 (cité par J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, *op. cit.*, 1990, p. 171).

¹⁰⁵ Exposé des motifs du Code d'instruction criminelle (« Exposé des motifs par les orateurs du Gouvernement », *Code d'instruction criminelle*, Paris, 1808, p. 172).

¹⁰⁶ Ce terme est ici employé dans son sens actuel, à savoir en tant que synonyme de « prisonnier ».

¹⁰⁷ Appelé également THIRRIET-GRANDPRE. Avocat d'origine, il fut inspecteur des prisons de 1792 à 1801.

répressif, opérant même un retour à l'Ancien Régime sur certains points¹⁰⁸. Quant aux deux premières prisons-manufactures, elles sont officiellement établies dans les anciennes maisons de force de Gand et de Vilvorde par décret du 13 floréal an IX (3 mai 1801). Ces structures carcérales prennent le nom de « maisons centrales » : elles regroupent – « centralisent » – en effet dans un même établissement les condamnés de plusieurs départements. Face au succès de la formule, le décret du 16 juin 1808 généralise le système à l'ensemble du territoire impérial. Le modèle concerne normalement tous les condamnés à plus d'un an de prison, hommes comme femmes.

C'est vraisemblablement sur le schéma d'organisation interne des maisons centrales que se calquent les administrations pénitentiaires déconcentrées pour organiser le fonctionnement des prisons départementales. En effet, il est clair que des tentatives de réorganisation de l'ensemble des prisons françaises, sous-tendues par une vraie volonté de reprise en main d'un réseau d'établissements peu cohérents entre eux dans leurs pratiques et connaissant apparemment quelques difficultés de fonctionnement interne, se sont régulièrement fait jour entre 1791 et l'apparition des premières maisons centrales réellement structurées. On peut subodorer, à la teneur de ces projets de réorganisation, que c'était, *in fine*, l'instauration de vraies institutions totales qui était projetée. Pourtant, l'échec de ces tentatives amène *de facto* à retarder l'émergence concrète du modèle de l'institution totale carcérale de quelques années et à la caler sur la mise en place des maisons centrales.

A partir de cette double assise théorique, vont pouvoir émerger, dans les deux domaines considérés, deux institutions aux caractères essentiels similaires, constitutifs d'un véritable modèle institutionnel original.

SOUS-SECTION 2 : CONSTITUTION DU « MODELE » INSTITUTIONNEL

Le modèle de l'institution totale se concrétise progressivement entre la Révolution et la fin de la Restauration (1789-1830). Partant des croupions institutionnels mal organisés que sont les lieux d'enfermement et les hôpitaux de l'Ancien Régime, des établissements fermés adoptant un caractère de plus en plus autarcique vont peu à peu émerger dans le paysage institutionnel français et venir le clarifier. La constitution de ces institutions – et par suite celle du modèle concrétisé – restant empirique, ce n'est que progressivement que s'en dessine chacun des caractères distinctifs.

Il est à noter que les informations sur bon nombre de ces traits distinctifs restent lacunaires concernant l'institution psychiatrique¹⁰⁹. Une analyse précise ne peut donc réellement être menée que par analogie avec l'institution carcérale ; cependant, la dynamique générale de cette évolution existe sans aucun doute pour les deux institutions ici étudiées.

L'institution totale s'avère intrinsèquement un microcosme fermé sur lui-même, clos et opaque (I), affirmant une discipline stricte, propre à ces lieux de réclusion (III). La

¹⁰⁸ On pense notamment ici aux supplices de la flétrissure au fer rouge ou de la mutilation du poing, au retour des peines perpétuelles ainsi qu'à la réintroduction de la confiscation générale.

¹⁰⁹ Même dans l'ouvrage très récent de Claude QUETEL (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, 620 p.), qui nous paraît comme l'un des rares ouvrages sur le sujet qui puisse être qualifié de véritable travail archivistique d'historien à vocation générale, les informations sont souvent données, dans les périodes anciennes, à partir d'exemples monographiques, sans réelle synthèse. Eu égard à l'ambition du livre, nous y voyons une retenue déontologique de la part de cet historien renommé, spécialiste des questions de folie, qu'il nous faut respecter. Si on laisse de côté les monographies ciblées, les autres ouvrages actuellement sur le marché sont généralement des essais politiques ou philosophiques à la thèse prégnante qui ôte une certaine neutralité dans les informations divulguées, ne serait-ce que par la manière dont elles sont apportées au lecteur. Il est donc assez difficile de faire la part entre l'information brute et son interprétation.

concentration de populations dans ces lieux spécialisés est récurrente et finalement organisée (II).

I. UN MONDE « CLOS » ET OPAQUE

Le caractère fermé – c'est-à-dire de lieu d'accueil d'individus privés de liberté d'aller et de venir, au moins hors de la structure de réclusion, par une volonté externe à eux-mêmes – de ces établissements s'affiche comme la condition originelle dans la construction du modèle. C'est sans doute son premier trait caractéristique constitutif, et l'initiateur par la suite de plusieurs autres facettes typiques de ces institutions : l'instauration d'une discipline propre à l'institution et, plus loin, de tout un fonctionnement organisationnel autarcique, l'émergence potentielle d'un arbitraire, une certaine déconnection des réalités extérieures. Ce caractère fermé se forme autour d'une opacité grandissante de ces lieux, eu égard au public et à la société en général (A) mais aussi envers les organes de contrôle prévus pour garder précisément un lien de vassalité entre l'institution créée au service de la société et cette dernière, pour s'assurer surtout d'un fonctionnement conforme aux idéaux et principes affirmés par cette société et la Nation souveraine (B).

A · L'OPACITE GRANDISSANTE DES INSTITUTIONS CARCERALE ET PSYCHIATRIQUE

Parmi tous ces caractères, l'opacité de ces institutions totales va se distinguer. Apparaissant de prime abord comme une conséquence naturelle de leur caractère clos, elle va rapidement s'ériger comme le deuxième membre du couple fondateur de l'institution totale aboutie, dont le premier membre n'est autre que le carcan disciplinaire. Il est vrai, à y regarder de plus près, qu'en dehors des périodes de philanthropie et de la veille de cercles relativement restreints d'intellectuels engagés, le devenir des populations recluses dans ces institutions semble l'objet d'un désintérêt certain de la part de la société et du Pouvoir. La nature des populations ainsi enfermées – qui s'avèrent être précisément les marginaux – explique vraisemblablement ce phénomène. Or c'est bien l'absence de contrôle du monde extérieur sur la vie interne de ces lieux de réclusion qui va permettre à ces établissements de s'extraire des règles juridiques classiques.

Concernant les prisons, deux dynamiques parallèles se mettent en place, peut-être interdépendantes : d'un côté, la société extérieure ne demandant pas de droit de regard sur la vie et le fonctionnement de ces institutions, ces dernières vont finir par considérer cet état de fait comme une situation acquise. Le peu d'impact des quelques organes de contrôle sur la gestion de ces lieux ne peut que conforter cette attitude. Ainsi bénéficiaires passives et involontaires de cette situation durant la toute première étape de leur mise en place, les institutions carcérales, notamment dans le cadre des maisons centrales naissantes, semblent organiser progressivement, de manière beaucoup plus maîtrisée, cette opacité, en ignorant le potentiel droit de regard du citoyen, éventuellement en montant des stratégies pour le contourner. L'administration et les gouvernements successifs ne sont pas étrangers à ces manoeuvres.

D'un autre côté, le mutisme de l'institution quant à « ce qui se passe à l'intérieur » apparaît de tout temps comme une valeur intrinsèque de ce type de structure qui semble confiner au Code d'Honneur. Que ce soit par des anciens reclus, par des membres du personnel ou de l'administration, rien ne filtre à l'extérieur sur la vie dans ces lieux, laissant place à des fantasmes à la hauteur de la réalité dans la société civile.

Derrière la distinction de ces grands cadres, l'analyse méthodologiquement et

rigoureusement historique de Jacques-Guy PETIT sur le monde carcéral entre 1780 et 1875 reste floue sur ces sujets au début de la période analysée. Le manque d'informations concrètes sur la vie en prison ne permet qu'une analyse lacunaire et hypothétique. Cela dit, que ce soit dans le discours de l'époque ou dans les faits, divers indices semblent démontrer, dès la période révolutionnaire, l'intensivité progressive de la fermeture de l'institution par rapport à l'extérieur et de l'apparition de cette opacité qui lui est consubstantielle. Ainsi, côté discours, on sait que dans le cadre de la peine de la gêne, le Code pénal interdit toute communication du prisonnier avec l'extérieur autant qu'avec les autres détenus. On peut lire dans ce type de disposition le repli et la clôture de l'institution naissante sur elle-même : elle coupe court, *de facto*, à tout contrôle direct du public sur l'exécution de la peine. Dans la même logique, le rejet de tout étranger en-dehors de l'institution carcérale se traduit également par le renoncement, déjà évoqué, au projet de visite mensuelle des prisons par le public. Certes, derrière cette proposition, c'était, on l'a dit, l'exemplarité de la peine qu'on recherchait, plus que le contrôle externe par les citoyens des lieux de privation de liberté, mais son rejet par l'Assemblée Constituante entraîne bien cette double perte¹¹⁰.

Toutefois, le manque d'infrastructures, l'absence de vote des décrets d'application permettant de les organiser, puis les troubles politiques surgissant rapidement après l'adoption de ce code vont empêcher la mise en oeuvre de ces préceptes. Par conséquent, dans les faits, Jacques-Guy PETIT esquisse, à la lumière des procès-verbaux des perquisitions menées dans les prisons parisiennes en 1792, le portrait d'établissements carcéraux en réalité relativement ouverts vers l'extérieur dans la mesure où les prisonniers – qui jouissent eux-mêmes d'une grande liberté de circulation au sein de l'établissement le jour – reçoivent de nombreuses visites. Ces dernières doivent normalement se restreindre à la famille du prisonnier, mais les geôliers restent très facilement corruptibles. Les communications avec l'extérieur sont donc des plus aisées ; on peut cependant douter d'une quelconque répercussion sur l'effectivité d'un contrôle indépendant de cette ouverture vers l'extérieur ciblée. On reste dans un phénomène marginal numériquement et qui s'établit sur un microcosme familial et surtout délinquant qui ne se préoccupe pas des questions théoriques sur la condition carcérale. L'opacité de l'institution n'est donc pas remise en cause, peut-être même est-elle vue comme un atout, voire encouragée, par les trafiquants.

Quelques sursauts de prise de conscience au niveau du pouvoir en place, entre 1794 et 1796, vont tenter de dénoncer les conditions de vie, de lancer des réformes, mais le désintérêt pour la question carcérale aidant, les propositions restent lettre morte. L'institution carcérale profite de cette opacité en partie née du désengagement politique et du désintérêt citoyen pour ces lieux de réclusion. Elle est ainsi toujours aussi réputée pour l'arbitraire qui y règne et les abus dont sont victimes les prisonniers. Peu de pétitions de prisonniers nous sont parvenus, mais les quelques exemples conservés, issus des périodes du Consulat et du Premier Empire, montrent que, tout de même, certains ressentent, de temps à autre, un besoin impérieux de régulation externe à l'établissement et parviennent à se faire entendre de l'autorité sollicitée¹¹¹, s'extrayant alors, même temporairement, d'une logique carcérale devenue pathologique. Il devient patent que l'institution se referme sur elle-même et organise ses propres codes et règles.

L'opacité de l'institution carcérale se manifeste également dans l'inefficacité des contrôles. Ainsi, dès la fin de la Révolution, et sur toute la période étudiée, une obscurité relative est entretenue dans le cadre des services de statistiques : manipulations de chiffres

¹¹⁰ Sachant, en outre, que la volonté d'exemplarité de la peine sera tout de même maintenue, mais en passant par une simple exposition publique sur un échafaud entre le prononcé de la peine d'emprisonnement et son début d'exécution.

¹¹¹ Le terme de régulation est ici employé dans son sens de « normalisateur », de procédé ramenant des systèmes dysfonctionnants à des paramètres normaux, en lien avec les principes admis dans la société d'alors. Pour un exemple de régulation extra-juridique, on peut évoquer le cas de ces prisonniers se disant souffrants qui obtiennent facilement de la part des officiers de santé des certificats permettant leur transfert temporaire dans des hospices civils, où ils « *restent longtemps* », trop longtemps au goût du ministre impérial CHAMPAGNY. Un certain laxisme philanthrope semble en effet motiver ces certificats au moins autant que la réalité de la maladie ou l'intérêt qu'y trouvent les pouvoirs publics en charge des prisons (ce temps de retrait fait autant de repas en moins aux frais des municipalités et départements puisque le prisonnier n'est, durant ce temps, plus à leur charge). (Cf. J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 122)

visant principalement à obtenir des financements majorés à consacrer aux prisons et à l'entretien des détenus, mais aussi erreurs, le système statistique en étant encore à une période de rodage, surtout pour les administrations locales. La stratégie du silence en réponse aux sollicitations d'informations venant de l'administration centrale est également prisee des préfets et des administrations locales. Mais cette fois, la principale victime de cette opacité organisée est l'administration centrale.

Compte tenu de l'ineffectivité du contrôle externe sur les institutions carcérales, on peut donc douter de la réalité de celui interne. Et effectivement, notamment dans les emblèmes de l'institution close que sont les maisons centrales, les entrepreneurs généraux saisissent immédiatement l'intérêt qu'ils peuvent retirer du caractère secret et de l'absence de contrôle de ces endroits par une autorité extérieure : non seulement ils peuvent y mener des expériences industrielles, tester de nouvelles machines ou de nouveaux procédés sans risquer d'être découverts par la concurrence, mais en outre, ils peuvent se permettre de prendre des distances avec leurs engagements d'entrepreneurs généraux, notamment concernant l'entretien des prisonniers, sans être vraiment inquiétés¹¹².

La reconnaissance du caractère opaque des institutions carcérales est consommée lorsqu'en 1810, lors d'une enquête sur les modalités de développement du parc pénitentiaire, l'un des quatre atouts relevés de la maison centrale sur le « bagne de terre »¹¹³ est la « *vie cachée et silencieuse* »¹¹⁴ connue au sein des premières. Avec la création des maisons centrales, toutes les caractéristiques de l'institution totale sont instrumentalisées et positivement qualifiées en même temps que renforcées le cas échéant. On peut même subodorer que le caractère secret et opaque, comme sa fermeture par rapport au monde extérieur ne sont plus uniquement acceptés par la société mais revendiqués. La fonction de ces institutions n'est pas seulement de neutraliser, de rééduquer ou tout simplement de punir mais aussi de débarrasser la société de ses « indésirables » afin de lui permettre de les ignorer.

La prévalence de l'opacité se retrouve dans le monde psychiatrique. A partir de 1809, le discours psychiatrique pinélien tel qu'il évolue dans la deuxième version du *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie* fait une place prépondérante à l'institution asilaire dans la mesure où le traitement de la maladie passe par l'insertion du malade dans une vie en collectivité. On assiste donc à la création d'un « *microcosme* » selon les termes de Michel FOUCAULT, d'une petite société se repliant sur elle-même car régentée par des règles propres, adaptées à l'objectif de traitement visé par l'institution. Du point de vue du monde clos et de l'opacité de l'institution émergente, ce sont surtout les successeurs de PINEL qui vont durcir le système. A mesure que va monter la figure despotique de l'aliéniste-directeur de l'hôpital va se renforcer la coupure entre les établissements asilaires et le reste de la société. La nécessité thérapeutique va justifier cette instauration d'un microcosme propre à replacer le malade dans un système hiérarchique, où lui-même est cantonné au bas de l'échelle pendant que le médecin concentre tous les pouvoirs, autant dans le cadre de la décision médicale que dans le champ administratif. Ce système complètement homogène d'organisation interne ne souffre aucune brèche, au risque sinon, sur le plan thérapeutique, de désorienter l'aliéné.

A côté de ce durcissement du « traitement moral » pinélien émerge chez ESQUIROL le concept d'« isolement » qu'on pourrait qualifier de thérapeutique¹¹⁵, affirmé par certains auteurs comme dans la continuité de la pensée du maître PINEL et même déjà esquissé par lui. Le principe se résume à couper tous les liens entre l'aliéné et son environnement quotidien : perdant ses habitudes et ses repères, il sera plus réceptif au traitement, c'est-à-dire au changement de

¹¹² C'est ainsi qu'au moment de l'apurement des comptes de BAUWENS, en 1810, à la fin de son contrat d'entreprise générale à la maison centrale de Gand, on a découvert de fortes distorsions entre les stipulations du cahier des charges, les écritures et les sommes réellement versées aux prisonniers.

¹¹³ Structure carcérale consacrée à l'accomplissement par les bagnards de grands travaux à l'intérieur du territoire français.

¹¹⁴ Expression de J.-G. PETIT.

¹¹⁵ Cf. son « mémoire sur l'isolement » et ses vertus dans J.-E. ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, op. cit., 1838, tome II, pp. 742-790.

comportement que l'institution va lui imposer au nom de la société. Concrètement, cette rupture dans la vie du malade impose une cessation momentanée de tous rapports familiaux, les visites, voire même la correspondance, étant généralement interdites. Indirectement, cette politique thérapeutique prive l'asile psychiatrique de tout contrôle extérieur et double bien d'une opacité certaine la fermeture de l'institution alors en cours. Ce n'est en effet pas sur une vigilance émanant des enfermés eux-mêmes qu'on peut compter pour assurer un éventuel contrôle social : il est possible, éventuellement, de croire à cette vigilance pour des personnages issus des hautes classes de la société et ayant des relations dans les hautes sphères du fait de leur condition sociale, mais cela reste de l'ordre de l'exception. Pour le commun des aliénés enfermés, leur statut d'aliéné paraît un obstacle important à toute réclamation : si leur état morbide ne leur ôte pas toute conscience de cette vigilance, qui demande déjà une compréhension des arcanes de la société et de l'institution ainsi que la notion du « normal » en matière de conditions de vie, ce statut de malade mental, qui officialise leur manque de discernement, les prive de toute légitimité de réclamation.

Disparition de tout contrôle extérieur encore : ces mesures viennent s'ajouter à la suppression de l'ouverture des hôpitaux psychiatriques aux badauds à titre de divertissement dominical payant, à partir de la fin de la Révolution pour Bicêtre et la Salpêtrière et courant XIXe pour les dernières provinces françaises... quoiqu'on puisse douter de l'effectivité de telles visites comme moteur du contrôle social sur les conditions d'enfermement en hôpital psychiatrique. Même si cette suppression a ainsi été prise dans l'objectif de protéger les aliénés internés face à la dérision et au rejet sociétal de la folie, objectivement, elle renforce la fermeture de l'institution sur elle-même, et par conséquent son opacité.

Mais si le contrôle social ne peut plus s'opérer à l'intérieur de ces institutions, des organes spécialisés sont mis en place pour précisément s'assurer, au nom de la Nation souveraine, du fonctionnement de ces entités conformément aux principes énoncés et reconnus par cette dernière, répondant à ses attentes par rapport aux missions qu'elle leur a imparties. Le désappointement peut cependant gagner l'analyste juriste : la mise en oeuvre de ce dispositif s'avère rapidement sapée, principalement par volonté politique.

B · LES AUTORITES DE SURVEILLANCE ET DE CONTROLE, DES ORGANES PROGRESSIVEMENT ECARTES OU DESARMES

Concernant la branche psychiatrique, la seule autorité de surveillance et de contrôle à laquelle il est fait allusion dans les documents consultés pour le présent travail est un organisme de contrôle interne : « l'inspection générale et permanente des hôpitaux civils et des maisons de force », créée en 1781 et dont l'activité ne se cantonne pas aux seuls lieux recevant des aliénés mais s'étend aux prisons. Les sources ont été plus prolixes concernant ces dernières.

Durant toute la période entre la fin de l'Ancien Régime et 1830, le système carcéral s'est progressivement enveloppé dans des mécanismes de contrôles étatiques, qui s'avèrent, en majorité, peu effectifs ou n'obtenant que peu d'impact sur les politiques pénitentiaires. Finalement, seule une conjonction salutaire, en 1819, entre un engorgement plus accentué que jamais des prisons et un nouveau souffle libéral emporté par des ministres comme DECAZES et GUIZOT, permet aux philanthropes de faire entendre, un temps, leurs revendications et de mobiliser plus efficacement qu'auparavant les politiques sur la question pénitentiaire. Ils ouvrent ainsi, avec la montée du courant philanthropique de la Restauration, sur une renaissance du contrôle externe à l'administration pénitentiaire mais, encore une fois, seulement de manière temporaire.

En premier lieu, donc, des visites d'inspection sont organisées dès le Code de 1791 et sont reconduites, en les aménageant, par les *corpus* juridiques ultérieurs. Selon l'« Instruction sur la procédure criminelle » de 1791, un inspecteur municipal doit venir vérifier deux fois par semaine le bon déroulement des détentions et l'état de santé des détenus, se devant d'être

davantage un « *consolateur* » oeuvrant à adoucir la privation de liberté qu'un censeur là pour punir les prisonniers. Dans le Code de 1808, les visites de contrôle sont commandées aux représentants des deux pouvoirs concurrents sur le sujet, à savoir l'administration et le juge judiciaire ; les préfets sont ainsi tenus de visiter toutes les prisons de leur département au moins une fois par an. Les Présidents de Cour d'Assises, quant à eux, doivent inspecter les maisons de justice une fois par session, droit de regard qui s'étend à toutes les prisons sous la Restauration.

A côté de ce premier appareil de contrôle, se mettent en place, de manière parallèle, une inspection générale des prisons, la Société royale pour l'amélioration des Prisons et des commissions de surveillance, chacun de ces organes possédant un rôle bien spécifique.

L'inspection générale des prisons connaît son véritable essor à partir de 1830. Elle est pourtant le plus ancien des trois organes susmentionnés. En effet, les premiers inspecteurs ne sont autres que COLOMBIER, DOUBLET puis THOURET, nommés par NECKER à partir de 1780-1781 pour visiter les hôpitaux civils et les maisons de force. A ces débuts, les inspecteurs gardent parallèlement leur activité professionnelle de médecins, et c'est bien en tant qu'hygiénistes qu'ils sont choisis pour faire le tour des lieux d'enfermement. Cette première inspection concerne à la fois les établissements enfermant des aliénés et ceux détenant des prisonniers.

Une approche un peu différente est adoptée en 1792 lors de la nomination de GRANDPRE au poste d'inspecteur des prisons : avocat de formation, celui-ci se retrouve à la tête d'une administration propre, bénéficiant d'un poste à temps complet qui, après lui, sera désormais occupé par des juristes. Avec Napoléon, ce poste est remanié au moment de la velléité de restauration des prisons, en 1812 : revenant à une conception de la tâche d'inspection plus proche de celle de NECKER, il lui redonne une dimension d'expert envoyé du prince ou du ministre. Il faut désormais attendre 1832 pour qu'une administration rattachée à l'inspecteur soit recréée. Même au début de la Restauration, GUIZOT se contente d'un puis de deux postes d'inspecteurs, cantonnant leur activité aux seules maisons centrales. Durant ces premières formes d'inspection, les tenants du titre semblent se contenter de visiter les établissements, puis d'établir des rapports sur l'état des lieux vus. Si on peut pointer un certain manque de constance, sur l'année, de certains inspecteurs, leurs rapports restent, selon J.-G. PETIT, de qualité et ne ménagent pas les critiques le cas échéant.

Parmi les trois organismes susmentionnés, la Société royale pour l'amélioration des prisons, qui voit le jour en 1819, serait le lieu de conseil et la force de proposition au Gouvernement. Elle rassemble des représentants de tous les partis politiques et oeuvres philanthropiques de l'époque. Composée à la base de trois cent vingt-et-un membres, son cerveau se restreint en fait à son Conseil, soit vingt-quatre participants. La caution royale dont elle jouit et la présence de GUIZOT ainsi que du ministre DECAZES, permettent à la société de devenir véritablement une « [seconde] *administration des prisons* »¹¹⁶, venant doubler, sans les remplacer, les bureaux occupés au fonctionnement quotidien du système carcéral : elle se consacre à la politique philanthropique du gouvernement. L'ordonnance du 9 avril 1819 fixe ses objectifs. Elle doit ainsi donner son avis sur la situation connue dans les établissements pénitentiaires et sur les améliorations dont pourraient bénéficier les détenus dans tous les domaines : organisation du travail, répartition des populations carcérales dans les différents établissements, discipline interne, nourriture, vêtements, salubrité et santé des reclus, projets architecturaux éventuels, etc. Sa ligne directrice se résume à quelques grandes idées : la nécessité de faire respecter les droits des détenus au sein des établissements par le biais de règlements internes justes et équilibrés, isoler du vice et remoraliser le détenu, l'occuper par le travail et le rééduquer à des réflexes sains pour la vie dans la société industrielle française (par exemple l'épargne), l'instruire. Il est intéressant de noter à cet égard que cette Société est la matérialisation du consensus, traversant toutes les sensibilités rassemblées en son sein – et parmi lesquelles on compte pourtant des Ultras – sur le fait que des prisons plus humaines sont un vecteur permettant aux condamnés de s'amender, ce en quoi on retrouve le discours des Réformateurs des Lumières. Dans un premier temps, la Société est d'une activité hors du

¹¹⁶ Expression employée par Alexis de NOAILLES à l'Assemblée nationale, rapportée par J.-G. PETIT, dans *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, 749 p.

commun, ses travaux ouvrant sur des résultats concrets importants comme le *Rapport au Roi sur les prisons* de DECAZES en décembre 1819 ou l'arrêté du 25 décembre 1819 « sur la police des prisons départementales » qui signe une réforme concrète de ces lieux de détention locaux¹¹⁷. Cependant, un retournement politique en faveur des Ultras à partir de février 1820 réduit presque à néant toute cette activité philanthropique. La réforme de 1819 ne prend pas effet, les philanthropes deviennent suspects aux yeux du nouveau pouvoir et la Société royale des prisons, si elle ne disparaît qu'en 1830, perd tout réel impact politique.

Troisième organisme de contrôle, les commissions de surveillance des prisons, instaurées dans toutes les maisons d'arrêt à partir de 1819, viennent remplacer les « Commissions charitables » de 1810 dont le fonctionnement laissait à désirer. Ces organes, composés de trois à sept membres nommés par le ministre de l'Intérieur sur proposition du préfet, sont présidés par ce dernier ou par le sous-préfet dans les arrondissements. Les maires comme les curés en font généralement partie, bien que leur participation ne soit en rien de droit. Organe administratif et non indépendant, ces commissions ont en réalité une double casquette de contrôleur des lieux de détention et de maillon impliqué dans le fonctionnement administratif de chaque établissement. Leurs compétences, redéfinies dans l'enthousiasme de l'instauration toute récente de la philanthropie Société royale pour l'amélioration des prisons, balayent au départ un champ très large : elles doivent, en premier lieu, surveiller la vie interne des établissements carcéraux, depuis la salubrité des lieux jusqu'à l'instruction religieuse et morale dispensée aux détenus, en passant par l'organisation du travail, la discipline et la tenue correcte des registres d'écrou. En deuxième lieu, c'est à elles d'établir les cahiers des charges pour tous les marchés de fourniture nécessaires au bon fonctionnement de la prison puis de passer ces marchés. En troisième lieu, ce sont elles qui arrêtent la liste des détenus qu'elles jugent justifié de récompenser par une certaine clémence royale, étant donné leur comportement et leur assiduité au travail. En quatrième lieu, elles doivent être une force de proposition et de demande auprès du préfet pour améliorer de manière concrète l'« *état et le régime* »¹¹⁸ des établissements. Dès 1823, pourtant, leur champ d'action va être réduit à « *fournir leurs vues et leurs observations* » sur tout ce qui touche au régime intérieur des prisons départementales – organisation du travail et instruction religieuse des prisonniers comprises – et à leur salubrité, possibilité leur étant tout de même laissée de proposer des solutions d'amélioration. On peut donc considérer que le sens profond de ces commissions omnipotentes, baptisées dès le départ « de surveillance », disparaît avec ce remaniement de leurs attributions. D'un rôle, à l'origine, assurément actif, elles sont, en effet, réduites à informer et proposer. Une circulaire de décembre 1824 ne parle même plus que de « *vœux* » qu'elles ont à émettre ; leur perte de toute compétence administrative est définitivement entérinée. En réalité, le bilan de leurs activités montre qu'elles n'ont jamais pu fonctionner vraiment correctement. Elles en sont restées, au mieux, sous la Restauration, à un rôle de commission de charité, apportant aux détenus une aide matérielle et morale ; l'instauration du travail dans ces petites prisons départementales, charge dans leurs attributions au départ, reste en effet quant à elle une gageure, la rentabilité d'éventuels ateliers paraissant trop aléatoire aux entrepreneurs pour qu'ils relèvent le défi.

Organes de contrôle internes à l'administration, veille judiciaire ou autorités indépendantes, toutes les formes de contrôle gravitent autour des prisons, le point de diversification ultime s'établissant entre 1819 et 1830. Or, contrairement au signe encourageant auquel laisse croire un tel développement sur le plan du contrôle démocratique des institutions

¹¹⁷ Cet arrêté régleme notamment l'écrou et la vie quotidienne dans les établissements de détention : service de santé, nourriture, vêtements, travail, instruction religieuse, morale et instruction élémentaire, punitions, attitude des gardiens. Il est novateur sur plusieurs points, dans un caractère particulièrement philanthropique ; on cite pour exemple l'exigence que les femmes soient gardées par des surveillants de leur sexe ou la mise en place d'une boîte aux lettres à la disposition des détenus, pour y déposer leurs réclamations à l'encontre du concierge. Le même arrêté impose également l'affichage du règlement ainsi que des tarifs de la cantine dans la détention (ateliers, corridors), permettant ainsi une connaissance directe et une exigence d'application en conséquence de la règle par les détenus.

¹¹⁸ Ordonnance sur la Société royale des prisons du 9 avril 1819, titre III, et circulaire du 3 septembre 1819.

totales naissantes, l'action de ces autorités reste mineure : paralysie par défaut d'écoute de la part des dirigeants, manque de moyens pour fonctionner, défaut de légitimité de la part des administrations, etc. Elles n'arrêtent pas, en tout cas, l'inexorable marche des institutions pénitentiaires vers une coupure du monde extérieur et l'organisation d'un fonctionnement interne de plus en plus secret.

La célèbre thèse de Michel FOUCAULT dans *Surveiller et punir* s'appuie bien sur une théorisation de la disparition du spectacle de la punition à partir de la fin du XVIIIe. L'époque sonne définitivement le glas des grands-messes de supplices, qui vont même progressivement devenir anachroniques et disparaître de l'arsenal punitif. Mais même l'exécution de la punition légitime du délinquant « *rentre dans l'ombre* », pour reprendre les termes du philosophe. Selon son analyse, l'étalement du spectacle de la punition devient impudique. L'exemplarité de la peine va alors moins passer par l'exposition de la punition en action que par l'entretien d'un imaginaire autour d'une sanction implacable et automatique des infractions. C'est l'idée d'une impossibilité d'échapper à la punition en cas de faute qui est cultivée, en remplacement d'une exemplarité incarnée de la peine, désormais désuète. Avec la divulgation de cette nouvelle manière de penser la punition dans toute sa fonction sociale, le Pouvoir doit l'escamoter aux yeux du public et laisser se construire les mythes. Facette externe d'un processus néanmoins réel puisque la peine de prison reste bien une peine effective et subie par les condamnés. Si mythe il y a, cela reste sur la manière dont est exécutée cette peine. Dans tous les cas, les caractères de monde clos et d'opacité de l'institution se retrouvent au fondement même de cette théorisation de la peine ; au-delà de la pertinence de l'analyse, c'est son existence même qui en dépend.

On a suffisamment reproché à Michel FOUCAULT de surinterpréter, voire de manipuler les données historiques. Sans se positionner sur cette partie du débat qui reste hors de notre champ de compétence, on peut remarquer que son analyse s'insère parfaitement dans la connaissance des faits historiques tels que nous avons pu les présenter, et alimente de manière stimulante la réflexion sur la montée de l'institution totale. Retournant en partie les discours convenus, le philosophe présente l'organisation de l'opacité institutionnelle du monde carcéral comme étant dès son origine une stratégie étatique de disciplinarisation de la société. Loin d'une opposition frontale avec cette thèse à laquelle nous adhérons pour partie, c'est la radicalité de la posture foucauldienne qui peut amener des doutes.

II. LE RASSEMBLEMENT DE MASSE ET LA VOLONTE DE SPECIALISATION DES ETABLISSEMENTS

L'institution totale est une institution spécialisée. Ce travail de division des institutions d'enfermement généralistes primaires par une segmentation autour de populations différentes, aux problématiques que l'on veut différencier, est le premier pas vers la mise en place du modèle en cours de formation (A).

Derrière ces premières formes adoptées par ces institutions naissantes, on peut voir poindre un caractère plus aléatoire de l'institution totale, sur laquelle la spécialisation n'a pas de prise dans le long terme : elles peuvent revêtir la forme de structures de masse, ayant à gérer des nombres importants de pensionnaires. C'est moins la relative récurrence du phénomène à l'époque étudiée ici, que sa généralisation à l'époque suivante qui nous amène à d'ores et déjà l'évoquer et l'ériger, de manière presque anachronique, en caractéristique de l'institution totale. On peut le considérer comme l'un des caractères fondateurs du concept d'institution totale car une des principales causes de l'impersonnalité constitutive de ce modèle institutionnel (B).

A · LA SPECIALISATION DES ETABLISSEMENTS

La spécialisation se met en place vers la même époque dans les deux institutions étudiées.

Plusieurs échecs précèdent la spécialisation au rabais qui s'organise avec la création des maisons centrales dans l'institution carcérale (1). Dans le cadre psychiatrique, la question appelle un double enjeu, une double exclusion : la spécialisation oblige à créer une institution concentrée exclusivement sur le traitement de la folie et obtenant le monopole de celui-ci dans son intégralité (2).

§ 1. Les difficultés de mise en place de la spécialisation dans l'institution carcérale

Dans le cadre pénitentiaire, les rédacteurs du Code pénal de 1791 avaient opté pour la spécialisation des prisons : ils avaient donc défini, pour l'enfermement en amont du procès, des maisons d'arrêt et de justice respectivement destinées aux prévenus et aux accusés et, pour les condamnés, des établissements pour peine, se répartissant entre la prison pour la « peine des fers », la « prison de gêne », celle « de détention » et les maisons de correction. L'idée, derrière cette ségrégation pointue, était d'éviter la corruption des délinquants novices par des criminels plus expérimentés et surtout plus dangereux. La volonté, moins affirmée textuellement à l'époque, de séparer les majeurs et les mineurs tiendra du même raisonnement.

Mais ce raffinement de classification ne verra jamais le jour du fait des troubles engendrés par la Révolution. Plusieurs facteurs conduisent à cet échec : en premier lieu, plusieurs éléments pratiques restent indéterminés. Par exemple, rien n'est spécifié sur la forme concrète que prendront les projets architecturaux : faut-il rassembler ces différents types de prisons dans un seul ensemble architectural ou au contraire, construire différentes petites structures spécifiques et éparpillées sur le territoire ? De même, quel régime d'enfermement faut-il retenir, notamment dans le cadre de la peine de détention : isolement cellulaire de jour et de nuit, régime mixte du type auburnien basé sur un isolement nocturne et un travail commun en ateliers le jour ou encore vie en communauté de jour comme de nuit ?

En second lieu, les projets carcéraux sont puissamment perturbés par les difficultés financières que connaissent les autorités locales : les administrations départementales et municipales doivent trouver suffisamment de places d'incarcération pour tous les nouveaux prisonniers enfermés à titre de sanction. Il serait donc impératif de rénover les anciens lieux de détention, voire de préférence en construire de nouveaux, afin de garantir des conditions d'enfermement dignes et saines à tous les prisonniers de leur ressort ainsi que la sécurité de l'environnement extérieur. Mais le coût de tels travaux et investissements excède la capacité économique des pouvoirs locaux.

A terme cependant, les efforts fournis permettent la réhabilitation et surtout la sécurisation des lieux de détention d'Ancien Régime ou l'aménagement de biens nationaux confisqués à l'Église. En définitive, les maisons d'arrêt et de justice parviennent à être organisées à peu près partout, mais la difficulté reste le manque des places requises avec le nouveau système pénal. Dans un premier temps, qui se veut provisoire, tous les prisonniers sont donc entassés dans les seules prisons existantes que sont celles normalement réservées aux prévenus et aux accusés. Néanmoins, la volonté de séparer les hommes des femmes, dans une optique de moralisation des mœurs carcérales, commence à trouver un écho dans les politiques d'aménagement des prisons, acquis que remettra en cause la Terreur¹¹⁹.

Une nouvelle tentative de réorganisation des prisons est concomitante à la mise en application du nouveau *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) qui reprend les dispositions du *Code pénal* de 1791 en matière pénitentiaire. Mais à la fin de l'an V, aucune évolution significative ne peut être relevée dans le parc carcéral. L'inexistence de prisons pénales grève toujours les prisons départementales de cet excédent de prisonniers que sont les condamnés à une peine d'enfermement. A la fin de l'an V (été-automne 1797), le ministre de l'Intérieur BENEZECH constate lui-même l'échec de la politique de réorganisation de l'univers carcéral.

¹¹⁹ En effet, durant cet épisode exceptionnel, un climat de désintérêt complet du pouvoir pour une quelconque organisation rationalisée du parc carcéral s'installe, consécutivement à l'afflux considérable de suspects, d'accusés et de condamnés défilant dans les prisons.

Finalement donc, la première spécialisation de locaux en fonction du type de peine qui voit le jour est l'instauration des maisons centrales à partir de 1801. Elle va même s'avérer l'unique vraie réussite du siècle en la matière puisque, par la suite, l'échec du grand programme « restauration des prisons » voulu par Napoléon Ier est aussi patent que celui des plans de réformes antérieurs. Dans le cadre de ce programme, en effet, MONTALIVET avait élaboré un système pénitentiaire extrêmement élaboré, fondé sur cinq types d'établissements différents, dans lesquels il séparait les détenus avant procès et répartissait les condamnés en fonction du type et de la gravité de leur peine¹²⁰. Se superposait à cette première ventilation un sous-classement en quartiers, interne à chaque structure, afin de séparer les malades des bien-portants ainsi que les différentes classes d'âge, les sexes et les différentes sortes d'infractions. Mais cette entreprise ambitieuse, officialisée par un arrêté du 20 octobre 1810, est trop onéreuse pour s'avérer envisageable. Elle se solde par un nouvel échec du fait des investissements financiers trop importants qu'elle requiert, alors que des crises économiques vont s'enchaîner en cascade entre 1810 et 1812, touchant autant le secteur industriel qu'agricole, et tandis que les défaites militaires s'accumulent. Le gouvernement abandonne donc ce projet de restauration en 1813, renonçant à toutes ses nouvelles constructions. Les maisons d'arrêt et de justice sont vouées à de nouveau se côtoyer dans les mêmes bâtiments. Mais, derrière ce nouveau revers, le projet de MONTALIVET souligne une fois de plus que, même lent à trouver une concrétisation applicable, le phénomène de spécialisation des lieux d'enfermement demeure néanmoins un objectif récurrent dans les projets de réorganisation des établissements de réclusion. Mettant en oeuvre toujours les mêmes critères de répartition, il révèle la prégnance de l'idée de non-contagion à ces époques d'émergence de l'institution totale.

§ 2. La spécialisation dans l'institution asilaire, un processus à double détente

La question de la spécialisation des établissements dans le cadre de la folie se pose un peu différemment : notamment, comme on a pu l'expliquer précédemment, il a fallu commencer par extraire les insensés de la masse des « déraisonnables » avant de chercher à les classer entre eux. En outre, la notion de spécialisation va pouvoir adopter ici deux définitions sensiblement différentes, qui vont se superposer historiquement. En effet, dans un premier temps, la spécialisation des établissements signifie leur concentration sur une activité unique, en l'occurrence le traitement de la folie. Dans un second temps, cette notion s'appuie sur le type de public concerné par ces établissements spécialisés, c'est-à-dire les fous, curables comme incurables. Par la superposition de cette seconde définition de la spécialisation à la première, les établissements spécifiquement concernés par le traitement de la folie voient donc leur domaine d'intervention s'étendre à tous les insensés, y compris ceux considérés comme incurables. Dans la théorie, on aboutit donc à ce que l'ensemble des insensés ne soient plus soignés que dans des établissements consacrés au traitement de la folie. Caractère notoire et durable de l'institution totale qui ségrège par rapport au reste de la société en même temps qu'elle rassemble pour être plus efficace.

Aboutir à ce résultat a nécessité une révolution¹²¹ dans le regard porté sur la folie et un apport financier important. Par conséquent, malgré l'antériorité de la question dans le cadre du soin porté aux insensés par rapport à l'intérêt qu'elle a suscité pour le domaine carcéral, le plein accomplissement de la spécialisation psychiatrique prend finalement acte approximativement au même moment que dans le cadre pénitentiaire¹²². C'est à l'aube de la Révolution qu'une volonté

¹²⁰ Ainsi, les maisons de police municipale sont destinées à recevoir les condamnés par voie de police municipale et les prisonniers transférés. Les maisons centrales sont consacrées aux condamnés de Cour d'assises ainsi qu'aux condamnés par des tribunaux correctionnels à plus d'un an de prison. Les maisons de correction drainent tous les autres condamnés correctionnels, les prisonniers pour dettes, les enfants enfermés sur demande familiale, les prostituées et tous les détenus par voie administrative, mode d'enfermement très prisé du temps de Napoléon Ier.

¹²¹ Cf. explication et description de cette révolution *supra*, pp. 44 et s.

¹²² Rappelons, en effet, que la première forme de spécialisation, en vigueur depuis 1660 restait temporaire et inaboutie, s'appuyant sur une conception de la folie fondée sur la notion restrictive de curabilité du mal. Le lieu de soin réservé n'était pas un établissement propre aux aliénés mais un quartier au sein d'un hôpital généraliste. De même lorsque, reconnus incurables, les insensés sont envoyés dans des maisons de force ou des dépôts de mendicité ; retour donc dans des lieux d'enfermement indistincts et non médicaux et, *a priori*, également

de séparation tranchée entre les aliénés et les autres types d'enfermés, *via* la construction d'établissements proprement réservés au traitement de l'aliénation mentale, avait été évoquée, notamment dans la fameuse circulaire de 1785 de Jean COLOMBIER et François DOUBLET. Les auteurs étaient même allés au bout de leur logique, en imaginant que ces établissements spécialisés seraient eux-mêmes divisés en « départements » afin de regrouper les malades par pathologies et par degré de gravité du mal (les fous violents, les fous tranquilles, et les convalescents seraient ainsi séparés les uns des autres). Mais avec la Révolution, ces projets de véritables asiles spécialisés dans le traitement des malades mentaux sont oubliés.

Dans le cadre de l'action du Comité de Mendicité institué en 1790 par l'Assemblée Nationale, des hôpitaux spécialisés et de petite taille avaient été proposés en remplacement des établissements parisiens surdimensionnés. En réalité, l'idée ne sera pas concrétisée et la situation des aliénés se dégrade plutôt, avec la fermeture de toutes les pensions dirigées par des institutions religieuses à partir de 1792, dont la fameuse Maison de Charenton¹²³. Rappelons que, par principe, les insensés doivent être repris en charge par leur famille. Quant aux indigents et sans famille, ils ne quittent pas les dépôts de mendicité provinciaux ou les deux grandes maisons de force parisiennes que restent Bicêtre et la Salpêtrière.

C'est donc à la fin de la période révolutionnaire et du Directoire, qui coïncident avec la grande transformation dans le traitement des fous, que naît l'asile, c'est-à-dire la spécialisation par excellence des établissements dédiés au traitement de la folie. L'arrêté du 27 prairial an V (15 juin 1797) réouvrant Charenton, dénommé désormais « Maison Nationale de Charenton », en fait le premier établissement public français consacré strictement au traitement des aliénés, placé sous la tutelle du Ministre de l'Intérieur. C'est une initiative gouvernementale, financée par les deniers publics étatiques. L'établissement est l'hôpital de référence en matière d'accueil des malades mentaux pour l'administration des hospices de Paris, qui est obligée d'y envoyer tous les fous de la capitale. Mais comme annoncé en introduction, la Maison de Charenton ne s'intéresse qu'au traitement des « malades curables », les aliénés considérés comme incurables continuent d'être repoussés vers les maisons de force. En outre, jusqu'en 1801, l'arrêté n'a pas d'impact et l'Hôtel-Dieu continue de recevoir des aliénés.

L'adéquation entre théorie et faits s'opère en effet à partir de 1801, avec un projet de réforme générale du domaine hospitalier. La seconde définition de la spécialisation entre en jeu : non seulement cette fois, tous les aliénés amenés à connaître l'institution médicale sont envoyés directement vers des hôpitaux spécialisés mais en plus, ces établissements de soins s'occupent désormais de tous les degrés de folie, même des malades jusque-là considérés comme incurables. C'est cette concrétisation de la révolution pinélienne dans la politique d'accueil hospitalière des fous qui est d'ailleurs considérée par Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN comme la véritable naissance de l'asile¹²⁴. Cette fois en effet, le principe de la spécialisation des établissements accueillant les aliénés est abouti dans ses deux sens.

Dès le début du XIXe siècle, le schéma théorique définitif, en terme de spécialisation des établissements, est acquis : partition binaire en prison, établissement unique et voué à la seule folie en psychiatrie, la première n'étant qu'un pis-aller par rapport à l'effervescence de projets tandis que le second marque, avec l'asile, une étape décisive quoique encore confidentielle, dans la concrétisation des idéaux des aliénistes. Il faudra du temps pour que la réussite de la double spécialisation de l'institution psychiatrique s'ancre sur l'ensemble du territoire.

renoncement aux soins. Dans la région parisienne, les Petites-Maisons et Charenton pour les classes aisées, Bicêtre et la Salpêtrière pour les pauvres, sont généralement les destinations de ces aliénés condamnés par la médecine. Si, parmi les maisons de force, un semblant de spécialisation dans l'accueil des fous se dessine donc également chez certaines, il reste non radical, d'autres catégories de déraisonnables ou de déviants venant gonfler leurs effectifs. Par conséquent, la spécialisation des lieux d'enfermement des fous garde toujours un aspect inabouti.

¹²³ La Maison de Charenton est officiellement fermée le 12 messidor an III (30 juillet 1795)

¹²⁴ Ils datent donc la naissance de l'asile psychiatrique « au sens moderne » de l'arrêté pris par le Ministre de l'Intérieur le 6 germinal an X (mars 1802), arrêté qui met fin au monopole officiel de Charenton pour le traitement des aliénés et partage la population des fous à soigner entre cet hôpital et La Salpêtrière.

B · LA TAILLE DES STRUCTURES D'ACCUEIL

Le deuxième précepte idéaliste hygiéniste porte sur la taille des nouveaux établissements mis en service : concernant le monde carcéral, ces structures doivent rester modestes – pas plus de 500 à 600 pensionnaires¹²⁵ – afin que le directeur puisse connaître chacun. Ce souhait de prisons à taille humaine permettrait vraisemblablement une action plus en profondeur donc plus efficace sur chaque délinquant dans la mesure où elle émanerait d'une relation individualisée, adaptée à chaque cas. On voit apparaître ici la première formulation d'un idéal du traitement qui reste l'utopie actuelle en matière de soin – ou de peine, entendue dans son sens de soin. Les données chiffrées, indiquant l'effectivité de la mise en place d'un parc immobilier, restent rares. Seules des suppositions et des déductions peuvent laisser approcher la réalité. Ainsi, on peut d'abord établir l'existence d'une très grande disparité de taille d'établissements entre Paris, et éventuellement les grandes villes du territoire, d'une part, et le reste de la province d'autre part. Il semble en effet, d'après des recoupements d'informations datant de 1795¹²⁶, que les prisons départementales et municipales provinciales restent majoritairement des établissements de petite capacité d'accueil, d'une centaine de détenus au grand maximum¹²⁷.

Les chiffres ne seront plus du tout les mêmes concernant les maisons centrales, pour lesquelles une dimension importante est intrinsèque au projet. Si au lancement du concept, BENEZECH évoque des établissements de 500 à 600 personnes¹²⁸, ce qui dépasserait donc déjà amplement la taille des petites prisons locales sus-évoquées mais resterait dans les normes indiquées par MIRABEAU et DOUBLET, les projets de 1802 misent sur des structures de 700 prisonniers, ceux de 1805 sur 1000 à 1500 condamnés. Dans la réalité, ces établissements rassembleront au minimum 2000 âmes. Une explication rationalisante du processus de massification dans ces établissements peut amener à mettre en relation la nature de *parias* des populations en présence – que la société souhaite de toute façon mettre à l'écart, quelles qu'en soient les raisons profondes –, avec les motifs économiques – le traitement à grande échelle ayant toujours été plus rentable que le « soin » personifié, adapté au cas par cas – et de simplicité – un nombre de lieux de travail restreint pour les professionnels soignants ou encadrants et surtout pour les administrations qui ont à surveiller ou à gérer l'ensemble du réseau institutionnel. Les constats historiques semblent bien aller dans ce même sens. Ainsi, d'une part, comme cela vient d'être évoqué, GRANDPRE va volontairement rassembler un grand nombre de condamnés venant de plusieurs départements dans ces lieux d'exécution de peine que sont les maisons centrales afin de rendre l'exploitation de ces manufactures rentable et donc attirante pour des entrepreneurs industriels. D'autre part, la position de force laissée aux entrepreneurs généraux dans les contrats de marché passés avec l'État leur permet d'imposer le travail en ateliers et d'aller ainsi à rebours des velléités de classification des prisonniers issues de la Constituante comme des politiques d'isolement cellulaires postérieures.

Dans tous les cas, on peut donc remarquer que les prisons locales font exception par rapport à ce trait distinctif de la massification des effectifs. Cela amène à rappeler que la maison centrale doit être considérée comme le paradigme originel de l'institution totale au sein du monde carcéral ; les autres établissements pénitentiaires ne semblent avoir été attirés dans le modèle que par similitude fondamentale de ces deux types d'établissement et par glissement mimétique des petites structures vers le nouveau paradigme.

Les établissements psychiatriques connaissent une massification des effectifs à partir de 1801, ce qui va radicalement changer le visage de l'asile ; la doctrine considère pour cette raison

¹²⁵ Valeurs indiquées par MIRABEAU et DOUBLET dans le cadre de leurs Mémoires respectifs décrivant l'idéal de la prison à leur idée.

¹²⁶ Informations extraites de J-G. PETIT, *Ces peines obscures, op. cit.*, 1990.

¹²⁷ Par contre, ces chiffres faibles ne sont vraisemblablement pas du tout motivés par les arguments philanthropiques évoqués précédemment, mais par une convergence empirique de faits.

¹²⁸ Ces chiffres sont évoqués dans un Compte-rendu, par Pierre Bénézech, ci-devant, ministre de l'Intérieur, de son administration depuis le 1er ventôse an V jusqu'au 13 thermidor, Paris, ventôse an VI, p. 11.

cette année 1801 comme la date de naissance de l'asile moderne. Auparavant, la disparité de taille entre les établissements s'avérait assez forte : le système s'appuyait beaucoup sur la prise en charge intrafamiliale d'une part, sur un maillage d'institutions privées accueillant un nombre restreint de pensionnaires d'autre part ; les statistiques parisiennes du début de la Révolution évoquent une vingtaine d'institutions privées prenant en charge environ 300 malades¹²⁹. A côté de cette forme privée de prise en charge, c'était, comme on vient de le voir, les hôpitaux publics qui héritaient des fous errants ou pauvres. A partir de 1801, la réorganisation par PINEL du service de prise en charge des aliénés est victime de sa publicité et voit alors affluer nombre des malades jusqu'ici gardés dans leur famille, affluence exponentielle tout au long du XIXe siècle. D'après Pierre MOREL et Claude QUETEL, il s'agira dorénavant pour un médecin d'assumer près de 400 à 500 malades. Or cette augmentation d'effectifs est considérée par la doctrine comme un des facteurs de glissement de l'institution psychiatrique vers un fonctionnement d'institution totale : impossible désormais d'appliquer le traitement moral en tant que relation individuelle médecin-malade, le traitement collectif de la folie fait son apparition, avec son corollaire de règles disciplinaires.

Reste à noter que toutes les analyses sur le monde psychiatriques présentées ici s'appuient principalement sur la situation parisienne, celle des provinces étant moins bien connue et certainement disparate. En outre, la région parisienne demeure un précurseur en matière de politique psychiatrique dans la mesure où elle rassemble, dans un premier temps, les aliénistes révolutionnaires dans leur profession, qui testent au sein de leurs établissements d'activité les méthodes ensuite généralisées.

Il s'avère en tout cas que le gigantisme des structures émerge dès le début du XIXe siècle, s'installant à terme en véritable caractéristique de l'institution totale. En réalité, ce phénomène de massification apparaît comme, en lui-même, un facteur porteur du phénomène totalitaire : la gestion de masses implique rigueur disciplinaire et dépersonnalisation des reclus, de même qu'il corrobore naturellement un fonctionnement autarcique plutôt replié sur lui-même.

A côté du caractère clos et opaque de ces institutions se spécialisant et devenant des lieux d'enfermement de masse, la discipline qui y règne s'avère le troisième trait emblématique du modèle de ces institutions totales.

III. LA DISCIPLINE : MISE EN PLACE DE LA RIGUEUR DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE

La discipline est un des piliers du paradigme de l'institution totale, principal levier lui permettant d'atteindre sa raison d'être, une orthopédie et une rééducation de l'esprit humain, ou à tout le moins d'éviter l'anarchie rendant impossible le fonctionnement d'une institution ayant à gérer des masses importantes de population (A). Cette discipline trouve un vecteur d'épanouissement efficace par le travail (B). Les maisons centrales mettent en oeuvre ces premiers axiomes de l'institution totale pour le milieu pénitentiaire, se révélant de véritables

¹²⁹ Notons que l'étude des effectifs ne semble avoir d'intérêt pour notre propos qu'à partir de la spécialisation de tous les établissements d'aliénés : d'une part, c'est l'époque à laquelle la politique sanitaire psychiatrique va vraiment commencer à se développer. En outre, et surtout, c'est à partir de cette date que les statistiques peuvent livrer des chiffres un peu précis. Avant, les catégories d'enfermés demeurent indifférenciées dans les chiffres donnant le nombre des pensionnaires, fournis par établissements, sans autres détails ; on ne peut donc savoir combien de personnes considérées aliénées sont réellement enfermées dans ces institutions.

Seuls les comptes de TENON, établis entre 1785 et 1788, peuvent donner une idée quantitative de la prise en charge des personnes dites « folles », l'auteur s'étant évertué à recenser les seuls malades mentaux retenus dans ces établissements : ils font apparaître que seules les institutions publiques sont des établissements de masse, mais un seul accueille plus de 600 personnes aliénées : la Salpêtrière. Même Bicêtre se restreint à des effectifs beaucoup plus modestes, autour de 230 pensionnaires aliénés. Les nombres tombent ensuite sous la barre de la centaine, établissements publics et privés confondus (entre 70 et 80 malades pour Charenton et l'Hôtel-Dieu), la plupart des institutions se cantonnant à une quarantaine de pensionnaires. (source : J. POSTEL et Cl. QUETEL (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2004, p. 119).

archétypes de ce modèle et, par extension, de ce paradigme naissant (C).

A · LE CONCEPT DE DISCIPLINE

« *Ce qui punit le plus les détenus dans les centrales, ce qui les corrige, c'est la règle de conduite, l'assiduité au travail et la propreté qu'on leur fait observer.* ». Cette citation de François BARBE-MARBOIS¹³⁰, représentative de l'état d'esprit des réformateurs des prisons de son époque, résume tout le discours sur la discipline des institutions totales. En effet, la discipline est une des caractéristiques les plus évidentes de ces institutions, sans doute car c'est dans leur autoritarisme, confinant éventuellement à l'arbitraire, que se matérialise le fossé qui les différencie des autres formes de structures sociales. Par essence, l'institution totale est une institution disciplinaire. Or la rigueur et la discipline prennent un sens purement éducatif à cette époque et irradient tous les champs de la vie quotidienne. L'institution totale, plus qu'un cadre d'accueil pour la prise en charge de leurs populations-cibles, est un instrument en elle-même du traitement à apporter à ces individus. Pour la prison, les théoriciens croient en la dimension civilisatrice autant que « *régénératrice* »¹³¹ du modèle, utopie qui porte également la naissance des premiers asiles.

La mise en place de l'institution totale passe donc par la formation d'une règle interne fixant notamment le fonctionnement de l'institution, les limites de l'emprise de l'institution sur l'individu reclus et, par conséquent, les droits, devoirs et obligations de ce dernier. La constitution de ce règlement intérieur laisse transparaître un caractère disciplinaire à deux niveaux : tout d'abord, dans le cadre commun et neutre de toute règle organisatrice de base, lorsqu'il fixe le cadre juridique général organisant l'institution et sa vie interne ; dans un deuxième temps, à travers l'édiction des règles concernant spécifiquement la discipline, qui seront ajustées au type d'institution concernée et à sa fonction sociale.

En premier lieu, irradiant donc l'ensemble des règles juridiques immanentes à l'institution, ce caractère disciplinaire influence les moindres détails organisationnels. Toute la différence entre ces institutions disciplinaires et les autres institutions collectives réside dans le degré de coercitivité de leurs normes et dans leur pointillisme, sans que cela soit forcément affiché avec évidence. La discipline peut être stricte sans être positivement inscrite dans la règle. Par exemple, l'emploi du temps détaillé va être fixé ; de manière générale, le cadrage temporel des activités et des journées ne se veut pas par essence un élément d'autoritarisme, or il est incontestable que la minutie du cadre et le peu de marge de liberté laissée aux individus sur ce point sont déjà des facteurs de rigueur de la règle. Sans doute, un aspect de ce phénomène se retrouve, à un degré moindre, dans toutes les collectivités : pour leur bon fonctionnement, il est nécessaire d'instaurer des règles de vie en communauté qui viennent empiéter sur les libertés individuelles de chacun des pensionnaires. Mais la contrainte, qui apparaît ici en creux, est aussi la conséquence d'une volonté de pleine maîtrise de la vie institutionnelle par le pouvoir : c'est par là que l'institution totale se détache d'une institution collective classique. De manière générale, le chapitre des droits, devoirs, obligations et sanctions encourues pour les reclus s'avère toujours d'une sévérité exemplaire par rapport à d'autres collectivités.

Ce discours se retrouve parfaitement appliqué dans l'institution carcérale. Mais la manifestation de ce caractère disciplinaire est également illustrée en tout point au sein de l'institution psychiatrique. Précisons d'abord que l'étude de l'organisation de la discipline ne s'intéresse ici qu'à l'asile tel que né en 1801, c'est-à-dire une institution désormais spécialisée dans le traitement des aliénés. Dans ce premier temps, le schisme pinélien est effectif, les règles de vie sont créées pour être opposées à des sujets pensants qui doivent apprendre à s'y plier. Il n'est pas question que l'aliéné louvoie entre elles au prétexte que, par manque de rationalité, il

¹³⁰ F. BARBE-MARBOIS, Visite des prisons des départements du Calvados et de la Manche, 1821, cité par J.-G. PETIT, Cl. FAUGERON, M. PIERRE, *Histoire des prisons en France (1789-2000)*, Toulouse, Privat, coll. « Hommes et communautés », 2002, p. 72.

¹³¹ Terme emprunté à REAL. Cf [note 139 infra](#)

n'est pas apte à les saisir. Au contraire, le respect de ces règles devient une des composantes du traitement moral. Ainsi, dès la première mouture du traitement moral pinélien, la punition et sa menace sont utilisées comme soins thérapeutiques pour amener le malade à se soumettre à une loi supérieure à sa seule volonté, à ainsi retrouver la voie de la raison et à rentrer dans les cadres contraignants de la vie en société. Les chaînes des aliénés ont disparu, mais elles sont remplacées par des procédés aussi efficaces et moins barbares. Camisoles de force et mise en cellule isolée s'avèrent ainsi dès cette époque des mesures de rétorsion à double visage : à la fois, elles garantissent le maintien de l'ordre et la sécurité au sein de l'établissement et elles sont délivrées en tant que soin. Mais, et c'est bien ce qui fait toute son originalité par rapport aux autres institutions, c'est le rôle thérapeutique de la discipline qui est alors mis en avant dans le discours aliéniste sur l'institution psychiatrique naissante : derrière sa dimension médicale, c'est à la « *pédagogie morale* », pour reprendre les termes de Jacques POSTEL, bien plus qu'à la clinique qu'elle renvoie. Et c'est ainsi qu'on rejoint le rôle rempli par la discipline dans l'autre institution totale ici étudiée : la prison.

La facette organisationnelle au sein d'une entité collective ne semble réellement prendre de l'importance qu'avec l'apparition de l'asile psychiatrique moderne, c'est-à-dire la forme qui va se dessiner et remplacer l'asile archétypal (de 1801-1802) à partir de 1810. Ce nouvel asile se définit par deux traits caractéristiques : d'abord, l'affluence soudaine, mais désormais chronique, de malades, suite au retentissement donné à la réorganisation de la prise en charge des aliénés ; ensuite la désillusion par rapport au succès du traitement moral sur la folie : contrairement aux espoirs, la prise en charge ne débouche pas nécessairement sur une guérison et les médecins se retrouvent de nouveau confrontés à la chronicité des maladies et à l'incurabilité de la folie.

Face à ces deux défis, PINEL réoriente son concept de traitement moral, qui perd la dimension individuelle de la relation médecin-malade. Désormais, puisque l'échange individuel ne peut matériellement plus être effectué, le soin se massifie et doit atteindre chacun indirectement. Deux moyens parallèles vont donc être instaurés et cultivés par le fameux aliéniste et ses successeurs : d'une part, l'édification de l'institution asilaire comme « *instrument de guérison* »¹³² en elle-même, d'autre part la montée en puissance du « *personnage médical* »¹³³ qu'est l'aliéniste, qui va progressivement s'arroger tout pouvoir sur l'institution et ses pensionnaires. Dans les deux cas, la discipline va avoir un rôle majeur.

Concernant l'avènement de l'asile comme moyen de guérison, l'institution devient elle-même thérapeutique dans la mesure où le traitement passe par la réinsertion de l'aliéné au sein d'une communauté et d'une vie en collectivité, avec les relations interpersonnelles qu'elle oblige à nouer et surtout, le respect de règles de vie commune. L'asile recrée un décalque de la société au sein de son microcosme, qui ne peut fonctionner que grâce à l'existence de principes et d'un règlement intérieur, qui à la fois organisent la vie quotidienne au sein de l'institution et posent les droits et les interdits sanctionnés par des punitions. Lieu d'isolement coupant ses reclus du monde et les déstabilisant, l'asile dispose par son emprise directe sur ses pensionnaires et par sa puissance de moyens exceptionnels, qui manquent à la société, pour imposer son autorité et pour redresser les âmes folles. Non seulement l'aliéné va y réapprendre la vie en communauté, mais l'encadrement strict de cette vie, à tout instant, le ramène à l'orthodoxie de la Raison et à une saine harmonie intérieure. Le pointillisme de la règle est donc d'autant plus légitime que, derrière sa fonction classique de norme organisationnelle de l'institution, elle revêt, là encore, une fonction thérapeutique. L'application pratique de ces principes théoriques commence dès 1805 (an XIII) avec l'instauration de dortoirs collectifs et d'ateliers de couture pour les convalescentes à la Salpêtrière. Début de vie collective cantonnée à une petite partie des malades en traitement – les convalescents –, mais ébauche appelée à s'étendre à l'ensemble de l'institution au fil des décennies. Ebauche appelée à s'étendre également à toutes les activités de la vie quotidienne puisque ESQUIROL et ses contemporains vont s'investir également, à partir de 1818-1820, dans la prise de repas en commun, sans compter la colonisation de l'intégralité du temps journalier des malades qu'ils vont mettre en oeuvre. Leur seul objectif, derrière cette discipline temporelle étouffante, est d'éradiquer toute oisiveté, dans la continuité de PINEL.

¹³² L'expression est empruntée à ESQUIROL (cf. J.-E. ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, *op. cit.*, 1838, tome II, p. 398).

¹³³ Expression reprise à Michel FOUCAULT.

Mais cette fois, l'emploi du temps semble minuté, faisant se succéder les activités ludiques, écologiques (lever, coucher, repas, hygiène personnelle, etc.) laborieuses, sans répit. De ce point de vue, l'institution asilaire prend alors son rythme de croisière d'institution totale à retombée totalitaire.

En ce qui concerne l'avènement de l'aliéniste, c'est par sa libre disposition du pouvoir disciplinaire qu'il peut régenter l'asile autant sur le plan médical qu'administratif. En réalité, le premier traitement moral pinélien n'impose même pas une médicalisation de « *l'affrontement de deux volontés* »¹³⁴ qui en constitue son essence. L'important pour PINEL était l'avènement d'un pouvoir unique, absolu et incarné sur l'institution, qui soit à la tête d'une hiérarchie claire d'employés auxquels les reclus doivent se soumettre. Dans ce cadre, la discipline était donc la moelle épinière, l'essence même de l'institution psychiatrique. Elle a sans conteste un rôle thérapeutique mais pas forcément un sens médical. Une nouvelle étape est donc franchie dans la seconde mouture du traitement moral, l'idée la sous-tendant prônant que « *traiter l'aliéné consist[e] d'abord et centralement à gouverner un peuple d'aliénés* » selon la formule de Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, et à le gouverner à partir d'un cerveau central unique, afin de garder une parfaite cohérence entre les soins, la gestion administrative, la politique générale de l'établissement¹³⁵. Impossible dès lors de confier la direction de l'asile à un individu autre que médecin-aliéniste¹³⁶. La médicalisation de l'institution amène à doter la discipline d'un sens médical, cette dernière devenant un élément thérapeutique en plus de son rôle originel de simple outil organisationnel de l'institution.

Les décisions disciplinaires ont donc fréquemment un sens thérapeutique et à l'inverse, les décisions médicales peuvent toucher des domaines semblant relever davantage du champ administratif ou disciplinaire au sens large, comme les autorisations de travailler ou de participer à une activité quelconque. On peut d'ailleurs poser l'hypothèse que la différence entre ces deux types de décisions se matérialise simplement, dans les faits, par leur destination générale (décision disciplinaire) ou individuelle (décision médicale). La discipline en sort en tout cas renforcée dans la mesure où elle devient, à côté de la décision médicale, l'un des deux seuls vecteurs relationnels entre le pouvoir dirigeant absolu, et dont l'absolutisme est légitimé par sa science d'une part, et le reste des hôtes de l'établissement, reclus comme employés, d'autre part. Mais davantage que la décision médicale, elle devient même le premier instrument de gouvernement du médecin-aliéniste, une arme dont il ne peut se passer comme le laisse entendre Etienne-Jean GEORGET en 1820 : « *Le gouvernement des fous doit être absolu ; toutes les questions doivent être décidées sans appel par le médecin qui pourra, si les demandes, réclamations des malades devenaient trop importunes, leur opposer le règlement de la maison* ».

La discipline est à la fois incarnée par le médecin, qui décide, mais également objectivée en prenant la forme de règlement intérieur. Dans ce second cas, le médecin a toujours la main-mise sur le pouvoir, mais il extériorise sa volonté en la fixant dans une règle qui se présente désormais à l'aliéné comme un principe objectif. Le malade a moins le sentiment d'avoir affaire à une loi arbitraire, issue de la volonté d'un individu. Le médecin n'est plus « *qu'une bouche de la loi* » de l'asile, qui continue à soigner ses patients en leur imposant ces règles de vie en

¹³⁴ L'expression est de Jacques POSTEL

¹³⁵ Ainsi, E. GEORGET estime en 1820 que le médecin doit régner en maître incontesté de l'asile : « *Rien ne s'y fait sans ses ordres et que d'après ses ordres* ». Cf. également la présentation du rôle du médecin-chef, notamment par rapport au directeur, au sein de l'asile, que fait ESQUIROL avec la nécessaire apparence d'unicité de pouvoir en sa faveur qui doit régner dans l'institution (J.-E. ESQUIROL, « De la folie », dans *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, op. cit., 1838, tome I, pp. 126-127 et « Des maisons d'aliénés », dans tome II, pp. 527-528)

¹³⁶ Michel FOUCAULT définit d'ailleurs le pouvoir psychiatrique, tel que s'appliquant dans les premières décennies du XIX^e siècle, comme « [...] avant tout une certaine manière de gérer, d'administrer, avant d'être comme une cure ou une intervention thérapeutique : il est un régime, ou plutôt, c'est parce que et dans la mesure où il est un régime, que l'on attend de lui un certain nombre d'effets thérapeutiques : régime d'isolement, de régularité, emploi du temps, système de carences mesurées, obligation de travail etc. ». Un régime où, on le voit dans cette énumération, la discipline tient une place cruciale. (M. FOUCAULT, « Leçon du 9 janvier 1974 », *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France. 1973-1974*, Paris, Seuil/Gallimard, coll. « Hautes études », 2003, p. 171)

société et qui peut arguer de leur caractère impératif pour les faire respecter¹³⁷. La règle disciplinaire ainsi objectivée devient un artifice utile permettant à l'aliéniste de rentrer partiellement dans l'ombre pour mieux asseoir, dans les faits, sa toute-puissance sur l'institution.

L'institution carcérale appelle une autre remarque, d'ordre plutôt sociologique, soulevée par Erwin GOFFMAN dans son ouvrage de référence *Asiles*¹³⁸ et à généraliser au paradigme de l'institution totale si l'on en croit cet auteur : il est intéressant de voir éclore, alors que le caractère totalitaire de l'institution pénitentiaire est encore en cours de construction, toute une série de petits accommodements avec la règle permettant aux prisonniers de survivre, malgré, entre autres, des contextes économiques et sociaux défavorables. Le phénomène peut être illustré, par exemple, par les mouvements de prisonniers en 1806 : la loi impose normalement que les condamnés à une peine d'emprisonnement correctionnel soient incarcérés dans la prison du chef-lieu de l'arrondissement ; or, dans les faits, beaucoup d'entre eux restent emprisonnés dans la prison la plus proche de leur domicile afin de les maintenir à proximité de leur famille. Cette attention portée aux contournements de la règle ne doit pas être négligée par le juriste. Elle donne un éclairage renouvelé à la règle de droit et à son application, insistant sur la nécessité de laisser un espace vide entre les deux, une zone de tolérance aux petites déviations par rapport à l'application rigoureuse de la norme ; elle permet aux acteurs de s'approprier la règle et de la supporter alors même que son application stricte serait insoutenable ou le deviendrait du fait, par exemple, du contexte socio-économique. Cette réalité est encore plus vraie dans des cadres d'institutions totales où l'embrigadement est par principe tel qu'il n'est pas supportable en l'état ; ces aménagements évitent alors à l'institution d'imploser.

B · LE TRAVAIL, PREMIER VECTEUR D'UNE RIGUEUR ENCORE PONDEREE

Comme cela transparaît également dans les propos de BARBE-MARBOIS, à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle, le concept de discipline se construit autour de la valeur travail. Ce dernier amène avec lui l'ordre, nécessaire à son bon déroulement, ce qui lui donne un caractère éducatif¹³⁹. La citation de BARBE-MARBOIS concerne directement le milieu pénitentiaire, mais le même discours peut être tenu concernant l'asile psychiatrique.

Certes, un discours plus philanthropique que celui de BARBE-MARBOIS place dans le travail un objectif de réinsertion, en utilisant ce biais pour former les prisonniers à des métiers qu'ils pourront ensuite pratiquer à l'extérieur. Dans ce cadre donc, ces réformateurs philanthropes ne cherchent pas seulement à occuper le détenu, encore moins à le punir, mais à mettre à profit le temps de l'incarcération pour remédier à ce qui peut être une des causes de sa délinquance : son absence de formation à un métier utile, et éventuellement son désintérêt en la matière.

Mais plus profondément, le travail, intrinsèquement encadrant, permet de rendre plus acceptable aux prisonniers une discipline interne rigoureuse : des règles bridantes trouvent une justification entendable pour les reclus car justifiées par l'organisation collective du travail et le bon fonctionnement de l'entreprise alors organisée. Ces règles remplissent un double rôle en permettant de maintenir sécurité et discipline de l'institution elle-même en même temps qu'organisation du travail. Parce qu'elles sont essentielles au fonctionnement de l'institution, leur

¹³⁷ Pour conforter cette analyse de « double registre » (expression de Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN dans *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p. 144), à la fois médical et organisationnel de la vie de l'institution, du discours et des actes des aliénistes, on peut renvoyer, dans leur sillage, à ESQUIROL : « Une maison, ou un hospice consacré aux aliénés, doit avoir un règlement auquel tout le monde soit soumis, qui serve de réponse à toutes les objections, qui aide à surmonter toutes les répugnances, en même temps qu'il fournit à l'obéissance des motifs qui répugnent moins que la volonté ou le caprice d'un chef. » (J.-E. ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, op. cit., 1838, tome I, pp. 125-126)

¹³⁸ E. GOFFMAN, *Asiles*, op. cit., 1961, 447 p.

¹³⁹ Ainsi, REAL évoque en 1808, lors de la discussion du Code d'instruction criminelle, « [...] la régénération des maisons de détention par l'ordre et le travail ». (P.-F. REAL, Discours devant le corps législatif, novembre 1808, cité par J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 171).

édiction serait de toute façon incontournable. Mais en justifiant leur existence d'abord sur l'organisation du travail, elles entrent dans une rationalité supportable pour le prisonnier ; imposées abruptement, sans ce prétexte, elles deviennent au contraire sources d'opposition frontale car, du point de vue de l'enfermé, elles seraient la matérialisation du pouvoir despotique de l'institution sur lui. Le travail est donc un vecteur visant à rendre soutenable toute une part du carcan disciplinaire intrinsèque à l'institution carcérale.

En outre, le travail permet de canaliser les pensées et l'énergie du prisonnier. L'administration est persuadée qu'ainsi mobilisé, il a moins le loisir d'échafauder des plans d'évasion ou d'organiser des trafics au sein de la prison. Dans les maisons centrales, le travail occupe quasiment tout le temps du prisonnier : sur les quinze heures d'activités quotidiennes, treize lui sont consacrées. Dans ce contexte de paternalisme éducatif et d'obsession tenace de la lutte contre l'oisiveté, c'est bien sûr le travail obligatoire qui est institué par le Code Pénal de 1810 dans les prisons pénales. Le refus de travailler devient désormais, dans les règlements successifs, une faute punie d'un séjour au cachot.

Il est intéressant de noter à quel point ce discours est proche de la justification du maquillage thérapeutique de la règle disciplinaire dans le cadre psychiatrique. Mais en outre, cette analyse convient également à l'utilisation du travail dans le cadre de cette même institution psychiatrique. PINEL, déjà, notait que « *très peu d'aliénés, même dans leur état de fureur, doivent être éloignés de toute occupation active [...]* » et qu'« [...] *un travail constant change [...] la chaîne vicieuse des idées, fixe les facultés de l'entendement en leur donnant de l'exercice, entretient seul l'ordre dans un rassemblement quelconque d'aliénés, et dispense d'une foule de règles minutieuses et souvent vaines pour maintenir la police intérieure.* »¹⁴⁰.

Encore une fois, ce caractère du travail se retrouve dans l'institution asilaire, enveloppé par contre dans un discours thérapeutique : PINEL se montre très ferme envers la nécessité d'une occupation « mécanique » qui investit complètement la pensée de l'aliéné. Ce dernier est ainsi obligé de s'ouvrir sur l'extérieur, sortir de lui-même et de son rapport de lui à lui-même. Surtout, cette occupation lui permet d'échapper à l'ennui et au désœuvrement, les deux fléaux de l'hôpital psychiatrique comme du fou. Il devient donc un des piliers du traitement moral. Distrayant les mélancoliques de leurs pensées sombres et canalisant, là aussi, l'énergie et l'agitation désordonnée des maniaques et des furieux, le travail devient également un facteur de paix sociale et un instrument gestionnaire, garant de l'ordre au sein de l'institution. Le travail, instrument disciplinaire, joue, comme elle, sur le double registre du soin et du maintien de l'ordre.

Ceci dit, dans cette première décennie du XIXe siècle, dans les deux institutions, rigueur et discipline ne signifient pas encore étouffement complet de l'individu dans un carcan rigoriste excessif, sur l'utilité duquel on pourrait éventuellement s'interroger. Par exemple, dans les centrales, le travail est contraignant et pénible et les journées longues, mais par contre, le dimanche est réservé à la religion, aux visites, à la cantine, aux lectures. De même, une volonté de hiérarchisation instaure une différence de traitement, théoriquement, entre les détenus condamnés aux travaux forcés ou à la réclusion et les simples « correctionnels » : dans le contexte du travail obligatoire, alors que les premiers se voient imposer leur tâche laborieuse par l'administration, les seconds doivent théoriquement bénéficier du choix de leur activité parmi celles que propose l'établissement. En cette période de mise en place de l'institution carcérale totalitaire, on peut donc considérer que la règle est stricte, mais finalement mesurée pour l'époque. Le prisonnier se retrouve traité à égalité, *de facto*, avec ses homologues travailleurs du monde libre. La rigueur des conditions de vie laborieuses est en effet à mettre en parallèle avec la condition des ouvriers libres de l'époque : il est bien connu que les journées de ces derniers, longues et fondées sur un travail souvent difficile, étaient exténuantes.

L'asile psychiatrique reste également relativement souple, à ses débuts, concernant l'instauration du travail. Le discours pinélien se veut assez intransigeant sur le papier, évoquant

¹⁴⁰ Ph. PINEL, *Traité médico-philosophique*, an IX, 1ère éd., pp. 224-225.

même l'obligation de travailler. Mais sa confrontation à la pratique l'amène à intelligemment réadapter son propos à la réalité : autant il est possible de faire comprendre la dimension thérapeutique du travail en atelier à des convalescents et autant cette dimension peut-elle réellement se mettre en application, autant le fou encore aliéné par sa maladie n'est pas réceptif à ce discours. Or, en cas de refus par l'aliéné de cette mise au travail, PINEL rejette toute idée de mise au travail forcée par la violence. En outre, un certain nombre de malades restent irrémédiablement inaptes aux tâches proposées. Enfin, sur un plan purement pratique, l'aliéniste se voit refuser par l'administration l'octroi des moyens de mettre en oeuvre de façon plus massives ses idéaux : ainsi, cette dernière n'acquerra pas le terrain agricole convoité par Philippe PINEL qui aurait permis de mettre ses malades au travail de la terre. La mise au travail ne concerne donc en réalité que les convalescents. La description de la vie dans les ateliers de couture de la Salpêtrière semble, en outre, relever davantage du soin doux et humaniste que du stakhanovisme carcéral, la discussion cordiale, durant l'accomplissement des tâches laborieuses, appartenant au traitement¹⁴¹.

L'affirmation de l'absence d'un carcan rigoriste excessif est peut-être plus problématique chez les successeurs de PINEL, à commencer par ESQUIROL. Certes, pas de stakhanovisme dans le travail, mais par contre, un emploi du temps journalier minuté, qui laisse de moins en moins de place à de la liberté individuelle, et, partant, à l'épanouissement individuel bien compris. Comme on a pu l'évoquer précédemment, les activités de toutes sortes, y compris de distraction, prennent part à cet embrigadement psychique, ce qui permet en outre de mieux le masquer. Qui penserait en effet, au premier abord, à faire le lien entre activité de détente et emprise de l'institution sur l'intégralité de l'âme ? Il transparaît pourtant des discours aliénistes une volonté assumée d'arriver à cette aliénation à rebours de l'aliéné par le corps médical et l'institution asilaire. Si ce n'est donc plus spécifiquement le travail qui est en cause ici, on reste bien sur la même idée : l'embrigadement de la pensée et de l'individu par une imposition d'activités physiques ou intellectuelles et une gestion minutieuse de son emploi du temps. Et à ce niveau, il semble que l'institution asilaire marque un peu d'avance sur la machine carcérale.

Avec cette possibilité d'utilisation du travail dans toutes ses dimensions, l'administration dispose d'un outil gestionnaire hors du commun. Il lui permet même de renforcer sa maîtrise de la discipline au sein de l'institution par une utilisation subtile de la dualité potentielle des règles dans ce cadre. L'exemple le plus probant est sans doute l'instauration de la rémunération du travail obligatoire. Certes, le salaire reste dérisoire, mais cette rémunération peut apparaître – et est présentée – comme une récompense pour le travail effectué¹⁴², destinée également à motiver l'ouvrier détenu. Elle lui permet de cantiner et d'« épargner » pour se constituer un pécule de sortie. Mais derrière ses apparences philanthropes, cette mesure est aussi un extraordinaire moyen de pression sur les individus pour les pousser à être plus productifs. Ce caractère prend même une dimension perverse avec l'arrêté du 13 janvier 1801, par lequel CHAPTAL instaure, dans toutes les prisons, des rations alimentaires réglementaires inférieures aux besoins du corps humain d'un travailleur¹⁴³. Le seul moyen pour ce dernier de se nourrir de manière suffisante est alors d'acheter à la cantine le complément, grâce à ses revenus, pourtant maigres. L'obtention d'un salaire le plus élevé possible devient donc presque vital pour le détenu. Non seulement, il va alors se consacrer à son travail, mais ce moyen de pression est également favorable au maintien d'une discipline exemplaire, le moindre écart à la règle risquant de remettre en cause le versement du salaire.

¹⁴¹ Cf. pour des détails la description de cette vie laborieuse par PINEL lui-même dans M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain, op. cit.*, 1980, p. 175.

¹⁴² C'est apparemment le sens que le Code Pénal de 1810 semble vouloir conférer à ce revenu, par opposition aux condamnés aux travaux forcés pour lesquels il ne prévoit aucune rémunération. Pour Jacques-Guy PETIT, cette interprétation officielle de l'organisation du travail dans les centrales interdit de lire cette obligation de travailler comme un châtiment (J.-G. PETIT, *Ces peines obscures, op. cit.*, 1990, p. 173).

¹⁴³ Cette alimentation est une version appauvrie de la nourriture des casernes, comparable à la nourriture quotidienne des paysans les plus démunis, elle-même déjà une variante appauvrie du régime alimentaire fixé dans les hôpitaux. On arrive donc à une alimentation insuffisante et très fortement carencée.

En réalité, on s'aperçoit que, si le caractère punitif de la prison ne transparait donc pas réellement dans le principe même du travail, et si, plus généralement, l'organisation d'un modèle d'institution autour du travail n'appelle pas forcément l'édification d'une institution totale, c'est bien par contre par l'existence de règles internes de pression sur les individus qu'on peut constater être en présence d'une institution totalitaire en germe : ces règles internes ne sont en effet envisageables de manière durable que dans des lieux en marge de la société et du droit commun et acceptables car maquillées en corollaire à l'organisation laborieuse. On peut voir ce fonctionnement archétypal du paradigme en cours d'élaboration au sein des premiers prototypes du genre, les maisons centrales.

C · LES MAISONS CENTRALES, ARCHETYPES DU MODELE DE L'INSTITUTION TOTALE

De la même manière que pour la forme des établissements, les maisons centrales, ces prisons fondées autour de l'atelier de travail, apparaissent, en matière d'organisation disciplinaire, comme les précurseurs du modèle qui sera ensuite généralisé aux autres types d'établissements pénitentiaires et s'avèrent représentatives, sur les points principaux, du modèle de l'institution totale. C'est du fait de leur organisation dans des établissements de grande ampleur numérique et fonctionnant à terme sur un système autarcique autant pour la gestion du travail que pour la vie quotidienne et pour la discipline que les maisons centrales sont présentées comme le modèle fondateur de l'institution totale carcérale. Ainsi, le système de l'entreprise générale et sa discipline intrinsèque sont testés d'abord chez les ancêtres des maisons centrales, les dépôts de mendicité, puis dans ces dernières, avant d'être étendus à toutes les prisons. Dans le même esprit, les premiers règlements intérieurs locaux, pris sous l'Empire et la Restauration, concernent des maisons centrales ; ce n'est que dans un deuxième temps qu'est adopté l'arrêté disciplinaire du 25 décembre 1819 pour les établissements locaux.

Les grandes orientations d'encadrement sont données par l'arrêté du 8 pluviôse an IX, qualifié de « *charte des centrales-manufactures* » par Jacques-Guy PETIT. Dès la création des premiers établissements s'affiche une discipline rigoureuse. Le règlement de la maison de Gand pose ainsi l'interdiction de parler ou de se déplacer sans permission dans les ateliers et fixe des punitions sévères au moindre mouvement de contestation ou de mauvaise volonté dans l'exécution d'une tâche. Lors de la généralisation de ces prisons à tout le territoire, des règlements locaux sont arrêtés, approuvés par le préfet et par le ministre et sont affichés dans l'établissement concerné. Vraisemblablement tous rédigés sur le même canevas, ils déclinent minutieusement les règles sévères encadrant la vie au sein de la prison, depuis l'emploi du temps détaillé jusqu'à la palette d'interdictions et de sanctions pouvant être opposées aux détenus, sans oublier le chapitre du travail dans les ateliers et les rapports avec l'entrepreneur général.

C'est par l'instrumentalisation de la discipline constitutive de ces institutions totales naissantes que les entrepreneurs généraux vont pervertir l'idéologie, plutôt philanthropique au départ, de la maison centrale pour la tourner à leur profit en une machine à exploiter l'individu. Ils ont d'autant plus de facilités que les traités signés avec le préfet¹⁴⁴ leur laissent une grande marge de manoeuvre en matière de discipline et d'organisation du travail. Le caractère d'institution totale de la prison commence ici à prendre toute son ampleur : les entrepreneurs et les pouvoirs publics s'allient pour construire un lieu refermé sur lui-même, où les règles de discipline n'ont plus d'étalon de référence extérieur, elles ne servent qu'à l'organisation d'un pouvoir de plus en plus despotique de l'entrepreneur général. Alors que l'ordre est sévèrement maintenu, ce qui permet d'étouffer tout début de rébellion face à l'exploitation des masses carcérales, des industriels peu scrupuleux tels que BAUWENS à Gand cherchent à constamment économiser sur leurs charges d'entretien des détenus¹⁴⁵. Mais parallèlement et très

¹⁴⁴ Suivant sur ce plan les préceptes de l'arrêté du 8 pluviôse.

¹⁴⁵ Ainsi, le commandant de la maison centrale gantoise, même en période de prospérité économique, doit régulièrement rappeler l'entrepreneur à ses obligations : contrairement à ses engagements, ce dernier ne fournit pas d'emblée les couvertures et vêtements aux détenus, ce qui conduit à une augmentation de la morbidité et de la mortalité au sein de la population carcérale. De même, alors que l'administration met à son service des

profondément, c'est parce qu'une entreprise générale est en mesure de donner du travail aux détenus que l'ordre est maintenu, de manière ordinaire et continue en prison. On est donc dans une logique du maintien de l'ordre à double niveau : le système décrit précédemment, reposant sur le travail et les moyens mis en oeuvre pour rendre les détenus complètement tributaires du respect de la discipline quotidienne par ce biais, en forme le soubassement. La police interne, constituée d'un règlement intérieur strict et d'un corps de gardiens armés pour le faire respecter, permet le fonctionnement sans heurt de ce système et la réaction rapide et efficace à toute velléité perturbatrice du système. Ce deuxième point permet par conséquent de laisser un pouvoir despotique s'installer, dans la mesure où toute la « machine » ne fonctionne que dans un sens : seule une autorité considérée comme légitime par les tenants du pouvoir pourra venir influencer sur la politique menée dans l'institution. Le système est autrement totalement verrouillé, il ne permet aucune incursion d'une voix extérieure autre, encore moins l'expression des détenus dont l'embrigadement et l'étouffement est un des premiers objectifs.

Le contraste est saisissant entre l'exposé *quasi* théorique du modèle de l'institution totale qu'est la maison centrale et la réalité platement prosaïque qui fait la vie des prisons départementales. Cette opposition permet de faire ressortir, avec d'autant plus de netteté, le caractère archétypal des maisons centrales. Ainsi, par rapport au cadre précis et exigeant de ces dernières structures, l'encadrement disciplinaire dans les prisons départementales reste atténué, sans doute davantage par désorganisation que par volonté d'une moindre répression¹⁴⁶. Il est ainsi certain qu'un système généralisé fondé autour de la valeur travail reste largement inadapté aux établissements de trop petite taille pour pouvoir se doter d'ateliers. Faute de travail organisé, l'oisiveté et donc les trafics imposent leurs propres règles. Le peu de moralité des concierges est d'ailleurs un adjuvant utile, le cas échéant, à ces entorses à la règle. S'y ajoute, comme l'indique la description des prisons parisiennes vers 1792, une grande liberté de mouvement des détenus durant la journée : ils peuvent circuler dans tout l'établissement et recevoir toutes sortes de visites de l'extérieur – quoique théoriquement limitées à la famille. D'autres, pratiques proposées exclusivement dans ce type d'établissements affichant, par là, leur plus grande souplesse – par exemple l'autorisation faite aux accusés et aux prévenus qui en ont les moyens de faire venir leurs repas de l'extérieur – doivent, quant à elles, s'expliquer aussi par les problèmes financiers traversés par les pouvoirs publics à l'époque ; ainsi, dans notre illustration précise, les détenus choisissant le ravitaillement extérieur à leur frais perdent le bénéfice de la ration fournie par l'établissement, ce qui est autant de gagné pour ce dernier. Si la discipline s'est immédiatement imposée dans les maisons centrales, si elle s'avère un des principaux traits caractéristiques de l'institution totale totalitaire, il est donc beaucoup plus compliqué de faire table rase du passé au niveau local, ces prisons restant des poches rétives au droit et qui mettront plus de temps à entrer dans le carcan de l'institution totale carcérale.

Ce laxisme négligent de la part des pouvoirs publics amène l'institution totale à se former aussi empiriquement, avec une prise de pouvoir extra-légale des geôliers sur les détenus et une croissance, en contrecoup, de la dureté de la vie en prison par des règles disciplinaires. Ces dernières sont instaurées en réponse à la déréliction ci-avant exposée de ces lieux. C'est le caractère plus violent et plus obscur de l'institution totale qui apparaîtrait ainsi, caractère qui sera progressivement repris en main par le pouvoir légitime. L'anarchie carcérale n'en reste pas moins dénoncée au moins jusqu'à l'Empire, les pouvoirs publics connaissant de grandes difficultés à reprendre le pouvoir dans ces lieux dérégulés par usage, ou plus exactement régulés par des règles propres au milieu de la délinquance et par la « loi du plus fort ». Il n'est donc pas

ouvriers déjà habiles, BAUWENS les soumet à une phase d'apprentissage très longue ce qui lui permet de les payer à un salaire réduit. Tous ces abus amènent les détenus-ouvriers à tenter une grève perlée et, même, au refus de travailler pour soixante-deux d'entre eux. Les atouts disciplinaires de l'institution totale, ici constitués de gardiens armés et de la punition du cachot au pain et à l'eau, permettent de briser ces contestations dans les plus brefs délais.

¹⁴⁶ Il demeure pourtant théoriquement vrai que les prisons locales restent des prisons d'avant-procès, par conséquent sans caractère punitif. Un cadre de règles moins sévères aurait donc pu s'expliquer. Mais il semble plus proche de la réalité de rester pragmatique, en se rappelant que les condamnés étant encore largement mêlés aux prévenus et aux accusés dans ces lieux de détention. Il est plus probable que ce plus grand laxisme n'ait pas été voulu par les pouvoirs publics.

étonnant que l'arrêté du 25 décembre 1819, qui se veut le pendant des règlements intérieurs instaurés dans les maisons centrales, éprouve des difficultés d'application dans ces lieux de détention départementaux.

La manifestation de l'instauration d'une institution totale carcérale légitime passe donc d'abord par une reprise en main de l'institution par le gouvernement en réponse à l'anarchie dont elle finissait par être l'objet depuis quelques années, avant de se distinguer par des règles plus exorbitantes du droit commun. Cette reprise en main concerne autant les détenus que le personnel. A propos de ces derniers, l'institution carcérale va également progressivement se doter de règles, notamment s'agissant des geôliers. Il semble nécessaire, en effet, dans le contexte d'une future institution disciplinaire, de s'assurer d'une certaine intégrité des gardiens, premiers représentants de l'ordre auprès des prisonniers. Il en va de la crédibilité de l'institution. Or, on l'a vu, le comportement de ces concierges justifie un encadrement minimal. L'Instruction criminelle de 1791 – prise dans la continuité du premier Code pénal, juste avant la séparation de l'Assemblée Constituante – avait posé le principe de la nomination des concierges par les directoires de département, sur présentation des municipalités. Ces employés, triés sur le volet en fonction de leur instruction et de leurs moeurs, devaient prêter serment devant le tribunal lors de la prise de leurs fonctions. Il leur était expressément demandé de traiter les détenus « *avec douceur et humanité* ». Le Code de 1795 reprend la règle de nomination du Code de 1791 : les geôliers sont nommés par l'administration départementale. La malhonnêteté, la corruption et la violence de ces concierges restent pourtant dénoncées sur tous les plans : mensonges dans les informations et les chiffres retournés à l'administration centrale, corruption et chantage envers les détenus, ils ne pensent qu'à leur enrichissement personnel. Le décret du 11 mai 1801 transmet alors le pouvoir de nomination de ces personnels au préfet, espérant par là moraliser davantage la profession ; à tort puisqu'aucune retombée positive ne se fait réellement sentir.

L'étude des premières maisons centrales permet donc de se sensibiliser dès à présent au mode de fonctionnement et aux points faibles, brèches vectrices de perversion du système, de l'institution totale : ces prisons cristallisent en effet toutes les caractéristiques de l'institution totale quasiment dès leur mise en place. Cela permet de voir apparaître le glissement depuis le modèle théorique sociologique vers son emprise juridique et politique ainsi que sociale : l'institution devient totalitaire. Une étude complète de ce paradigme en cours d'élaboration impose de se pencher, pour terminer, sur l'impact porté sur les enfermés eux-mêmes par ce nouveau carcan paradigmatique, révélateur de la place que l'on souhaite assigner, dans la société de la fin XVIIIe-début XIXe siècles, à la population pénale d'une part, à celle des personnes considérées comme folles d'autre part. C'est la réalité concrète de leurs conditions de vie qu'il faut constater.

SOUS-SECTION 3 : LES CONDITIONS DE VIE : LA PLACE ET LA CONSIDERATION PORTEE A L'INDIVIDU

Entre la Révolution et le premier quart du XIXe siècle, à des conditions de vie en prison demeurant calamiteuses quel que soit le discours politique, alternant pourtant philanthropie et rigueur (I), répond, dans le cadre psychiatrique, l'absence de prise en charge spécifique généralisée, dans des établissements propres au traitement de la folie. Un état de fait qui ramène nombre de malades mentaux dans les institutions carcérales ou pour indigents, et les soumet donc aux mêmes conditions que celles dénoncées pour les délinquants (II).

I. L'ENFERMEMENT DES DELINQUANTS

Les conditions carcérales sous le Consulat demeurent stables par rapport à la période précédente : les locaux sont toujours aussi insalubres et de véritables repaires pour les maladies, la violence n'a pas faibli et s'opère éventuellement avec la complicité des gardiens, mais en plus, les prisonniers sont moins bien nourris qu'avant. L'insuffisance quantitative s'ajoute à sa mauvaise qualité nutritive. C'est à ce niveau que ressort avec d'autant plus d'acuité la disparité de conditions des détenus, la pratique de la livraison de repas extérieurs ayant toujours cours pour les plus riches d'entre eux, comme nous l'avons évoqué. Ceci dit, il apparaît nettement dans les statistiques d'époque que les prisons sont très majoritairement peuplées de pauvres, soumis au régime commun. La répression des ères post-révolutionnaire et napoléonienne vise d'abord les franges les plus démunies de la population.

A partir de CHAPTAL et de son arrêté du 13 janvier 1801, les conditions de vie des détenus connaissent un tournant à double titre avec, d'une part, la forte réduction de la ration alimentaire quotidienne des prisonniers¹⁴⁷ et, d'autre part, l'incitation à travailler qui leur est faite pour obtenir l'argent nécessaire pour combler ces insuffisances alimentaires. La contradiction entre l'exigence de CHAPTAL et l'état des choses est flagrante : le ministre demande une mise au travail généralisée, y compris dans les maisons d'arrêt et de justice, alors que jusqu'ici, la majorité des prisonniers étaient désœuvrés, faute d'ateliers au sein de leur établissement ; seuls quelques grands établissements parisiens tels que Bicêtre, Saint-Lazare ou Sainte-Pélagie avaient pu organiser de telles structures sous la période révolutionnaire. Le développement de ces ateliers s'avère très difficile en province, en-dehors des grandes villes, et il semble que le nombre de structures ayant pu être mises en place reste très limité.

Rappelons alors que 1801 est précisément l'année de création des deux premières maisons centrales, à Vilvorde et à Gand, structures archétypales, comme on l'a vu, de l'institution totale naissante. L'étude des conditions de vie des prisonniers qui y sont affectés affiche donc un intérêt substantiel. Ces structures pénitentiaires accomplissent enfin le souhait de 1791, jamais réalisé jusqu'alors, de créer des établissements pour condamnés bien distincts des autres prisons. Par contre, en leur sein, toutes les catégories de condamnés sont mélangées, laissant perdurer tout de même une proximité néfaste entre petits délinquants primaires et criminels avertis. Dans ces prisons entièrement construites autour du travail, les pensionnaires vivent en communauté et travaillent en ateliers. La discipline s'y avère, comme on l'a exposé précédemment, très stricte et majoritairement orchestrée par l'entrepreneur général auquel est confié l'établissement, pour lequel la qualité du produit rendu et le rendement importent avant tout ; pour atteindre cet objectif, nécessité est d'assurer un ordre absolu. Ceci dit, dans les premiers temps, les conditions de vie dans ces établissements semblaient appréciées par rapport à celles connues dans les prisons communes : les détenus travaillant obligatoirement, ils reçoivent un salaire régulier, et ils sont correctement vêtus, ont le droit à un matelas. Autant de détails qui rendent la vie quotidienne plus supportable. En réalité, elles demeurent, malgré tout, frustes : froid et vermine appartiennent toujours au quotidien du détenu, les entrepreneurs généraux abusent de leur position et exploitent ces travailleurs à leur merci. Mais la situation est suffisamment déplorable dans les autres lieux de détention pour que la vie dans ces centrales apparaisse enviable. Il faut en outre prendre conscience du saut qui est ici opéré par rapport à la situation dans les prisons de la Révolution : quelle qu'ait été la volonté des assemblées et des codes successifs, l'oisiveté restait un des fléaux des prisons. Le problème n'est d'ailleurs pas réglé d'emblée puisque, contrairement aux souhaits du Gouvernement, il reste impossible, encore au début de l'Empire, dans les provinces autres que les grandes villes, de créer des ateliers de travail viables. Par contre, le système, adapté pour des établissements organisés et renfermant un nombre suffisamment important de reclus, fonctionne à Paris et dans les grandes villes.

¹⁴⁷ Il faut néanmoins remarquer que cet arrêté est, en même temps, un des premiers documents officiels indiquant le contenu d'une ration alimentaire journalière. Depuis l'Assemblée constituante, les quantités n'étaient pas précisées ou restaient dans le flou, faisant éventuellement référence à des chiffres de 1717. Il se voit ainsi doté d'une dimension positive derrière son caractère inique, car ses dispositions restent une clarification de la situation du détenu et du mode de fonctionnement de l'institution.

Cependant, à partir de 1811-1812, les difficultés économiques, dues à un effort militaire surévalué par rapport aux capacités de l'Empire, empêchent une réorganisation administrative et financière de l'ensemble du parc carcéral français. Or les administrations locales ne peuvent plus supporter l'aménagement de bâtiments aussi imposants que ces maisons centrales ni répondre à l'afflux de prisonniers, majoré par la concomitance de l'entrée en vigueur des nouveaux codes, la crise économique et le désordre s'installant dans l'Empire. Par conséquent, la construction de nouvelles maisons centrales se tarit alors que tout le public destiné à purger sa peine dans ces établissements n'y trouve pas encore une place : autant de condamnés qui engorgent donc les prisons départementales et municipales, normalement dévolues aux autres catégories de détenus.

Finalement, entre 1817 et 1820, les maisons centrales sont définitivement ancrées dans l'organisation carcérale française lors de la succession d'intermédiaires du mouvement libéral et philanthropique, sous GUIZOT puis au temps de la Société royale des prisons. Elles ne seront que temporairement remises en cause sous le règne de Charles X, à cause de leur réputation de meilleures conditions de vie par rapport aux autres prisons, grâce au produit des ateliers : une telle situation apparaît inadmissible à l'époque.

II. L'ENFERMEMENT DES INSENSES

Les constats et les questions posés à propos de la prise en charge des fous durant la période post-révolutionnaire et jusqu'en 1838 sont la stricte réplique de ceux débattus dans les dernières années de l'Ancien Régime. Ainsi, un rapport au Roi¹⁴⁸ rendu par le ministre de l'intérieur LAINE en 1818 déplore le retard de la France quant à la condition faite aux aliénés, qui sont encore, en province, « [...] disséminés dans les hospices, dans les prisons, dans les dépôts de mendicité » voire, faute de place, « [...] laissés en société ». L'année suivante, c'est une circulaire du ministre de l'intérieur¹⁴⁹ qui se réapproprie les conclusions du rapport accablant fait par ESQUIROL en 1817 sur les établissements de placement¹⁵⁰, où les conditions de vie n'ont pas changé par rapport à la fin de l'Ancien Régime... conclusions qui sont elles-mêmes la reproduction exacte des recommandations contenues dans le projet de TENON précédemment cité. Le rapport FERRUS¹⁵¹, encore en 1834, évoque près de 10 000 aliénés abandonnés au vagabondage ou reclus dans des prisons faute d'un nombre suffisant d'établissements spécialisés pour leur prise en charge, ce constat se replaçant dans le cadre d'une forte disparité entre les départements. La boucle est bouclée : la Révolution n'a fait que retarder de quelques années une conclusion inéluctable tant sur la nécessité d'évolution que sur la manière d'évoluer. Par contre, la philosophie individualiste et humaniste qui l'a accompagnée a influencé positivement la pensée en la matière, permettant ainsi l'émergence d'une reconnaissance de droits appartenant aux aliénés, même si par la suite, ce discours reste théorique.

Cet état général des conditions d'enfermement sur le territoire national souligne le caractère d'exception du régime instauré dans les établissements parisiens dirigés par PINEL ou ses disciples. Il est difficile d'évaluer la rapidité de propagation du concept de traitement moral

¹⁴⁸ Rapport au Roi sur la situation des hospices, des enfants trouvés, des aliénés, de la mendicité et des prisons, Imprimerie royale, Paris, 1818, pp. 13-15, cité par Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 127.

¹⁴⁹ Circulaire du Ministre de l'intérieur du 16 juillet 1819

¹⁵⁰ J.-E. ESQUIROL, Des Établissements des aliénés en France et des moyens d'améliorer le sort de ces infortunés, mémoire présenté à S. E. le ministre de l'Intérieur en septembre 1818, [Paris, Mme HUZARD, 1819, 43 p.], cité par Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 127.

¹⁵¹ G. FERRUS, Des aliénés. Considérations sur l'état des maisons qui leur sont destinées tant en France qu'en Angleterre, sur la nécessité d'en créer de nouvelles en France et sur le mode de construction à préférer pour ces maisons ; sur le régime hygiénique et moral auquel ces malades doivent être soumis ; sur quelques questions de médecine légale ou de législation relatives à leur état civil, Paris, Madame HUZARD, 1834, 319 p.

dans ses deux versions et de sa mise en application à travers le royaume, mais elle paraît très limitée avant la loi de 1838. En tout cas, pour les établissements parisiens à la pointe du progrès et modèles appelés à s'étendre dans le cadre du système asilaire de la loi de 1838, la vie s'organise au diapason du traitement prodigué aux malades. Réhumanisation du fou en même temps que sa subjectivisation impliquent le remplacement des chaînes par des procédés de contention moins sauvages, contenant sans blesser, tels que les camisoles ou les fauteuils de force. Reste la question de traitement de choc comme les douches froides, qui opposèrent des écoles d'aliénisme entre partisans, en guise de procédés d'éducation, et ses détracteurs, qui le stigmatisent comme un procédé barbare. L'isolement coupant les relations inter-malades est de mise dans les premiers temps de l'asile moderne et du traitement moral dans sa première version. Il garde une forte prégnance chez les aliénistes, même après la réformation des théories pinéliennes, ces dernières restant pour eux la manifestation de la fin de l'entassement délétère et indigne connu à Bicêtre et à la Salpêtrière sous l'Ancien Régime. Les premières expérimentations de la vie en collectivité, dans une visée thérapeutique, sont lancées, comme on l'a vu, autour de 1805 : ne concernant d'abord que les convalescents, elles vont s'appliquer sous PINEL au couchage et au travail, avant de s'étendre avec ESQUIROL aux repas. Dans ce cadre, la discipline se renforce, les écarts au règlement de l'établissement sont sanctionnés, un emploi du temps de plus en plus méticuleux scande les journées des aliénés.

L'étude des conditions d'enfermement au XVIIIe et jusqu'en 1838 permet de faire particulièrement ressortir les ressemblances voire la similitude dans les manières de traiter les insensés et les délinquants, qui perdurent au-delà de la Révolution malgré les discours philanthropiques et réformateurs. Il est certain que les réformateurs eux-mêmes ont des difficultés à s'abstraire du passé et à penser indépendamment la prise en charge de la folie et de la délinquance, mais le phénomène trouve surtout son origine, en ces débuts de mise en place du paradigme de l'institution totale, dans le défaut d'une concrétisation de la spécialisation des établissements qui tarde à subvenir, que ce soit pour l'accueil des fous ou pour celui des détenus ; ces catégories d'enfermés continuent donc de se côtoyer et de subir les mêmes conditions de vie dans des structures indifférenciées. C'est finalement le monde carcéral qui va dessiner, à partir de 1795 et réellement en 1801, le premier schisme avec la création des premières prisons-manufactures, réservées aux condamnés à plus d'un an d'emprisonnement. Pour le reste, il faut attendre la loi de 1838 pour enfin voir émerger une politique du traitement des aliénés cohérente sur tout le territoire national et leur extraction de la masse des enfermés afin de les rassembler dans des lieux spécialisés. Elles marquent en tout cas la piteuse condition faite à l'individu fou ou délinquant dans la société française de la fin du XVIIIe et début du XIXe siècle, et son caractère de quasi-fatalité : quelles que soient l'idéologie des discours, les plus humanistes qui soient, et la volonté politique à l'oeuvre, les tentatives de changements et même les évolutions en cours, les conditions matérielles au sein des institutions totales en construction demeure irrévocablement les mêmes.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Ainsi, le modèle de l'institution totale n'est qu'un outil répondant aux volontés de l'époque de saisir à bras-le-corps les problèmes de la réponse à la délinquance et de gestion de la population pénale d'une part, de la nouvelle approche du phénomène de la folie d'autre part. Un outil permettant de concilier cette prise en charge nouvelle, cet intérêt renouvelé pour ces populations et la problématique de leur interaction avec la société « normale », en premier lieu

par l'éloignement, le traitement hors du siècle ; un traitement coercitif, recherchant la métamorphose de l'individu pour un éventuel retour dans le monde commun. L'institution devient un organe de confiance sur lequel la société se décharge de ces anormaux ou gêneurs, à tâche pour elle de les lui rendre transformés. Durant le temps de la « cure », la société ne s'en préoccupe plus, accordant à l'institution et ses initiateurs dans chacun des deux domaines tout pouvoir pour mener à bien sa mission. Dans les faits, le décalage est sensible : elle les abandonne à la triste situation d'enfermés dans des conditions précaires, que les régimes politiques successifs n'ont pas les moyens, ni souvent la volonté, d'améliorer pour les faire correspondre à l'idéal missionnaire initial de ces institutions, cet idéal visant l'élévation de ces individus renormalisés. C'est ce schéma qui va s'affermir et s'affiner pour devenir le paradigme élaboré de l'institution totale qui a traversé le XIXe et le début du XXe siècle en tant que réalité institutionnelle et qui demeure si emblématique et vivace sur le plan des concepts depuis.



CHAPITRE 2

L'AGE D'OR DU PARADIGME

A partir des années 1840, le modèle de l'institution totale - y compris sa dimension totalitaire - apparaît rodé et fonctionne dans toute sa complétude autarcique jusqu'à la Seconde guerre mondiale (section I). Dans le cadre de ce fonctionnement institutionnel optimal, les conditions de vie au quotidien des enfermés ramènent le champ d'étude sur l'individu et sa place au sein de l'institution. Cette dernière semble moins faite pour l'individu que l'individu instrumentalisé par l'institution. C'est là une marque évidente de la perte de foi en la capacité de ces institutions à transformer les êtres qui lui sont confiés – l'institution se révèle ne pas être ce sas de passage qu'elle devait constituer dans la vision théorique utopique des penseurs du XVIIIe siècle – et de l'utilitarisme latent dans la société économique libérale du XIXe siècle (section II).

SECTION I : LA VIE INSTITUTIONNELLE AU SEIN DES ENTITES TOTALES

Par définition, une entité autarcique se doit d'être autonome sur tous les plans : elle se pose à elle-même ses règles, elle vit de ses propres produits, sans besoin de l'extérieur pour subsister. Il s'agit donc pour nous d'analyser si les institutions carcérale et asilaire remplissent ces deux conditions de définition de l'institution totale, en d'autres termes si elles assument à la fois une autarcie juridique (I) et une autarcie que nous qualifierons de « matérielle » (II).

I. L'AUTARCIE JURIDIQUE : UN SYSTEME GENERATEUR DE SES PROPRES REGLES

L'autarcie juridique se manifeste par deux aspects : d'une part, l'institution, prise au sens large du terme et incluant les administrations de tutelle, crée elle-même la norme qui la régit. Un phénomène volontiers accueilli par l'institution, déliée de toute tutelle à cet endroit et y gagnant ainsi un large champ de liberté, mais un phénomène provoqué par des autorités extérieures, à commencer par le corps législatif, qui se désintéresse de la question (A).

A côté de cette autarcie, au stade de la création, les institutions pénitentiaire et asilaire bénéficient également de coudées franches au niveau du fonctionnement de l'institution et des actes administratifs plus quotidiens à édicter dans cette optique. Elles jouissent ainsi d'un véritable régime juridique dérogatoire du droit commun, fondé sur la mesure d'ordre intérieur et son ancêtre, l'acte de pure administration : autant de certitudes sur la discrétion du juge dans son contrôle à leur endroit (B).

L'autarcie de ces deux institutions se trouve encore renforcée par le fait qu'elles ne sont contrôlées sérieusement, sur la question des conditions de vie et la gestion des institutions, que par des organes internes à leur administration de rattachement. Des organes qui, lorsqu'ils s'avèrent consciencieux, n'ont pas les pouvoirs contraignants nécessaires à faire changer les

situations critiques connues au sein des institutions totales¹⁵² (C).

A · UNE CREATION ENDOGENE DE LA NORME

L'étude du cadre normatif de l'institution, carcérale comme psychiatrique, entre 1830 et le début du XXe siècle, est délicate car le champ semble avoir été ignoré jusqu'ici par les historiens du droit. Ces institutions paraissent avoir également peu intéressé les juristes de l'époque, qui n'ont jamais fait franchir les hauts murs carcéraux et asilaires à leurs regards d'administrativistes. Preuve s'il en est que ces entités restent des lieux à part, trop éloignées dans leur fonctionnement des services publics émergents pour être analysés dans le cadre de ces théories¹⁵³. Il s'agit donc pour l'étude présente de raisonner par analogie et par déduction, à partir de maigres informations factuelles, parfois assez casuistiques.

Se pencher sur les textes organisant les deux institutions de référence de ce travail amène quelques constats flagrants et remarquables pour le juriste : par exemple, en matière carcérale, où que l'on se tourne – entre règles générales édictées au sommet pour l'ensemble de l'institution et décisions individuelles en passant par les règlements locaux propres à chaque établissement – la très grande majorité des textes normatifs sont des textes administratifs insusceptibles de contrôle juridictionnel. Or ces textes touchent de près, dans bien des cas, les droits fondamentaux des détenus.

L'administration ou ce qui en tient lieu¹⁵⁴ trouve donc au sein de l'institution, pénitentiaire comme asilaire, un univers où elle peut déployer sa toute-puissance de décision et d'action pour ainsi dire en toute impunité. Elle se voit reconnaître là une liberté totale autant par les pouvoirs publics que par le juge lui-même (1). Une administration qui délègue en réalité l'essentiel de son pouvoir normatif à l'autorité locale de l'établissement, le directeur de prison ou le médecin selon le cas (2).

§ 1. Un cadre juridique constitué de simples textes administratifs

Au niveau du cadre normatif général, les gouvernements et régimes successifs persistent dans l'attitude observée jusque là : en matière pénitentiaire, les lois se font rares, et presque tout le droit carcéral est régi par décrets, arrêtés et instructions ministériels. Il est vrai qu'au début du XIXe siècle les ministres disposent d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de leurs fonctions, et leurs décisions sont normalement revêtues de la même autorité que les lois, sauf dispositions contraires d'un texte législatif qui poserait des droits en faveur d'administrés, cadre que les ministres ne peuvent enfreindre. Ce sont donc bien des textes qui échappent au législateur voire au politique, rédigés qu'ils sont, de manière générale, par le cabinet du ministre.

Il en va de même pour l'institution psychiatrique : à partir du Premier Empire et jusqu'à la loi de 1838, quelques textes¹⁵⁵ laissent entendre l'existence de lieux réservés aux fous en organisant des hospitalisations forcées avant la lettre, et tentent, sans grand succès, d'instaurer des hôpitaux réservés aux aliénés sur tout le territoire. Ces quelques circulaires, mesures non-

¹⁵² Il est en effet important de bien différencier ce premier type de contrôle de celui sur la légitimité de la décision d'enfermement, étudié dans une seconde section.

¹⁵³ C'est ainsi qu'il faut constater l'absence des institutions carcérale et asilaire de la thèse de Jean RIVERO, portant sur les mesures d'ordre intérieur et la vie intérieure des services publics. Les seules entités disciplinaires qu'il évoque sont l'institution militaire et celle scolaire. Si l'occultation de l'institution asilaire est une constante dans les discours juridiques, l'ignorance de celle pénitentiaire est plus surprenante. Comme on le verra *infra*, on peut suspecter, à sa décharge, que cette omission découle de sa méthode d'approche du sujet : il l'aborde en effet par le biais d'une analyse jurisprudentielle. Or à l'époque de la rédaction et de la soutenance de sa thèse (1934), la prison est un monde encore *quasi* inconnu du juge administratif (cf. *infra* pp. 77 et s.).

¹⁵⁴ On pense ici au pouvoir médical dans le cadre de l'institution psychiatrique. Cf. développements *infra* pp. 81 et s.

¹⁵⁵ On pense par exemple à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 16 juillet 1819 « Amélioration du sort des aliénés » (cf. MINISTERE DE L'INTERIEUR ET DES CULTES, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*. Tome 1, Paris, Berger-Levrault, 1880-1884, p. 10)

contraignantes, non publiées à l'époque et non-opposables par des particuliers à l'administration, restent les seules normes juridiques se préoccupant de la vie interne de ces établissements naissants. Là encore, on se trouve face à un droit émanant de l'administration.

Il faut, en outre, entendre derrière l'expression « par le cabinet du ministre » une rédaction par l'administration elle-même. En matière carcérale, le désintérêt des ministres de l'Intérieur successifs des débuts du Second Empire laisse en effet aux bureaux la mission de prendre toutes les décisions concernant la politique carcérale et ses applications concrètes¹⁵⁶. S'y ajoute que l'administration pénitentiaire qui se développe numériquement autour de 1850, suite à une conjonction de circonstances favorables, affirme son existence et son pouvoir : ainsi, elle spolie les préfets d'une part non négligeable de leur autorité dans le cadre des prisons départementales, suite à l'adoption de la loi du 5 mai 1855.

Concernant l'institution psychiatrique, bien qu'émanant également du Ministère de l'Intérieur, ministère de tutelle des asiles au XIXe siècle qui ne semble à première vue n'avoir aucune compétence médicale, les normes adoptées sont de manière évidente la transcription juridique de la doctrine aliéniste de l'époque, de même que le sera en partie la loi de 1838, parfois appelée « loi ESQUIROL » du nom de son premier inspirateur.

§ 2. Un cadre juridique internalisé : le pouvoir absolu en émergence

Une part importante du droit régissant la prison est également laissée à la discrétion des chefs d'établissement, qui sont enjoins par le ministre de l'Intérieur dès 1809 de rédiger un règlement intérieur propre à chaque prison départementale. Ces règlements dits « particuliers » fixent, selon les termes du Règlement général du 30 octobre 1841, « *toutes les [...] mesures d'ordre, de discipline, de propreté et de salubrité, ainsi que toutes les mesures de police locale et de détail qui pourront y recevoir exécution* »¹⁵⁷. Il s'agit véritablement de la loi de l'établissement, censée, selon le même texte, être distribuée à tous les gardiens, et le passage concernant les devoirs des détenus devant être également affiché en permanence dans les différents quartiers de l'établissement¹⁵⁸. La publicité de cette norme interne paraît fondamentale dans la mesure où elle est sanctionnée par des punitions disciplinaires à la moindre infraction. On est donc là face à la production d'un droit foncièrement local, ce qui pose également le problème de la disparité du droit applicable en prison. Un problème certes pratique si on se place du point de vue du détenu fréquemment transféré, mais surtout un problème de principe : la rupture de l'égalité de traitement entre les prisonniers selon l'établissement où ils se trouvent incarcérés est clairement assumée par l'administration pénitentiaire, et ici dans son cumul même avec l'arbitraire sciemment reconnu aux directeurs d'établissement pour la création du droit de leur ressort. Une vision contestable du droit pour un oeil « *post-1789* », qui prouve bien que, quelle que soit l'époque traversée, l'institution pénitentiaire reste hors de la légalité générale et du monde commun. Parallèlement, dans le monde psychiatrique, l'ordonnance du 18 décembre 1839 « *portant règlement sur les établissements publics et privés consacrés aux aliénés* » prise pour l'application de la loi de 1838 incite chaque établissement à se doter d'un règlement intérieur. Dix-huit ans plus tard, une nouvelle circulaire du ministre de l'intérieur¹⁵⁹ rappelle à l'ordre les préfets concernant la négligence des établissements recevant des aliénés dans la rédaction et l'adoption de ce règlement intérieur, pourtant obligatoire.

En ce qui concerne les établissements psychiatriques, on a vu comment les médecins ont repris, au début du XIXe siècle, le pouvoir administratif et la direction des asiles. La fonction de « médecin-directeur », qui découle du concept de traitement en asile, se diffuse en province en

¹⁵⁶ Ce qui amène STOURM à dénoncer dès 1849 la « puissance » des bureaux des prisons, fait reconnu par l'ancien ministre de l'Intérieur SENARD.

¹⁵⁷ Article 128 du Règlement général du 30 octobre 1841

¹⁵⁸ Articles 128 et 129 du Règlement général du 30 octobre 1841

¹⁵⁹ Circulaire du ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857

même temps que les pratiques aliénistes durant toute la première moitié du XIX^e siècle¹⁶⁰. Robert CASTEL parle d'une véritable « *confiscation du pouvoir administratif au sein de l'hôpital* »¹⁶¹. Le règlement intérieur comptant parmi ces actes rédigés par les chefs de service dans le cadre de leur pouvoir d'organisation du service, et devant de toute façon s'inscrire dans la technologie du traitement moral, son contenu se retrouve très naturellement à la discrétion des aliénistes. Rien ne figure, dans le document-modèle diffusé par l'administration de tutelle en 1857 – et qui est ainsi lui-même un produit interne à l'institution –, sur la politique médicale adoptée, ni même comme règles d'organisation quotidienne qui pourraient venir interférer avec cette dernière. Ainsi, comme en prison, la principale norme de référence pour l'organisation de la vie quotidienne et du fonctionnement correct du service est produite par l'institution elle-même, dans sa composante active, à sa discrétion. Cela permet, il est vrai, une accoutance parfaite avec la vie réelle des services, mais laisse place à trop d'unilatéralité ; le texte se révèle généralement très déséquilibré en défaveur de l'usager reclus. Il apparaît ainsi nettement que l'asile fonctionne sur le même modèle endogène que la prison en matière de production de la norme, un modèle extrêmement cohérent avec le paradigme d'institution totale et qui participe à sa définition.

La production de la norme est donc totalement autarcique. Sans doute peut-on déjà proposer comme rationalisation officiellement acceptable à l'époque celle soutenue par ailleurs pour justifier le statut des mesures d'ordre intérieur : les administrateurs connaissent les problèmes et le fonctionnement propre à chaque institution, ils sont donc les mieux à même de rédiger les textes voués à perpétuer cet encadrement. L'argument est avancé par l'administration pénitentiaire, peut-être est-il encore plus approprié à l'institution psychiatrique dans le cadre de la monopolisation opérée par le pouvoir médical.

Un caractère endogène confirmé, concernant l'institution pénitentiaire, et accentué par l'essor de l'Inspection générale entre 1830 et 1870. À côté de ses missions de contrôle¹⁶², cette dernière doit en effet rendre des avis sur les projets de construction, la rédaction des cahiers des charges à l'intention des entrepreneurs généraux, et la discipline intérieure. L'assemblée générale composée de l'ensemble des inspecteurs, donne son avis sur les projets de loi ou les règlements d'administration générale proposés par le ministre. L'inspection reste au demeurant une simple force de proposition, l'administration pénitentiaire et ses bureaux gardant l'exécution et le pouvoir de décision. Statut de ces décisions qui prend tout son sens au XIX^e dans la mesure où les ministres successifs ont rarement suivi ces avis, notamment faute de financements suffisants. Il n'empêche que le fonctionnement autarcique atteint ici un point culminant, où les autorités institutionnelles cumulent pouvoirs exécutif et législatif.

¹⁶⁰ Et si directeur il reste, « [...] l'action de l'administration qui gouverne le matériel de l'établissement, la surveillance que doit exercer cette même administration sur tous les employés doivent être cachées ; jamais le directeur n'en appellera d'une décision portée par le médecin, jamais il ne s'interposera entre lui et les aliénés ou les serviteurs. Le médecin doit être investi d'une autorité à laquelle personne ne puisse se soustraire. » (J.-E. ESQUIROL, « Des maisons d'aliénés », dans *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, op. cit., 1838, tome II, p. 528). Ceci dit, cette position esquirolienne, acceptant le maintien de dualité de fonction entre médecin et directeur, reste modérée par rapport aux positions plus radicales en faveur de l'unicité médicale de ses confrères. E. RENAUDIN, notamment, expose une pensée argumentée sur le sujet, concluant que « [...] le médecin est l'âme de l'asile, c'est sur lui que repose la responsabilité morale, et lui seul aussi est compétent pour résoudre ou étudier les questions les plus importantes ; ses inspirations vivifient la lettre morte des règlements. Il est donc l'administrateur naturel d'un établissement hospitalier aussi important » (E. RENAUDIN, « Administration des aliénés », *Annales médico-psychologiques*, V, 1845, p. 74 (cité par R. CASTEL, *L'Ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1976, p. 162). Cette montée en puissance des médecins-directeurs est également rapportée par l'historien Claude QUETEL (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 376).

¹⁶¹ R. CASTEL, *L'Ordre psychiatrique*, op. cit., 1976, p. 160.

¹⁶² Missions qui sont analysées *infra*, pp. 99 et s.

B · LES MOYENS JURIDIQUES DES INSTITUTIONS TOTALES :
BANALISATION DES ACTES OUVRANT SUR UN POUVOIR
DISCRETIONNAIRE VOIRE ARBITRAIRE

L'évolution de l'acte de pure administration vers la mesure d'ordre intérieur a été la seule connue par le droit régissant le fonctionnement des institutions pénitentiaire et asilaire entre la Restauration et la Seconde guerre mondiale (§1). Ce droit interne a donc collé au plus près aux outils permettant l'exercice le plus ample du pouvoir discrétionnaire en faveur de l'autorité administrative interne. Une situation de banalisation de l'utilisation de ces outils et d'instauration d'un système verrouillé, sur lequel aucune force extérieure ne peut plus réellement avoir prise, qui se doit d'être comparée avec le droit et le fonctionnement d'une administration classique en vue d'en analyser les différences et les raisons d'une telle dérogation (§2).

**§ 1. L'acte de pure administration et la mesure d'ordre intérieur :
le principe de l'absence de contrôle juridictionnel**

La mesure d'ordre intérieur (b) succède à l'acte de pure administration (a) dans le droit administratif en tant qu'outil assurant à l'autorité administrative un contrôle inexistant devenant contrôle *a minima* sur ses décisions. Ainsi matérialisent-ils l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire épanoui. Des outils parfaitement reconnus par le droit administratif et utilisés sans nécessité de contournement du droit par les deux institutions en cause.

**◇ a) *L'acte de pure administration, icône de l'immunité juridictionnelle
des actes administratifs***

L'absence de contrôle juridictionnel de toutes ces règles et mesures semble découler de la nature d'« acte de pure administration » de toutes ces dispositions. L'acte de pure administration renvoie en effet à une « *sphère réservée aux agents administratifs* »¹⁶³, dans un système à deux branches où elle s'oppose à la sphère des « affaires contentieuses ». Il s'agit donc de considérer que tout un pan de l'activité administrative est soustrait au contrôle du juge dans la mesure où ces actes ne créent pas de droit(s) subjectif(s) au profit de particuliers. En effet, comme le rappelle Jacques CHEVALLIER dans sa thèse, dans ce cas de figure, « [...] *l'autorité administrative n'a en face d'elle aucun droit subjectif ; elle doit se prononcer sur de simples intérêts ; et ces intérêts privés [...] doivent céder dans tous les cas devant l'intérêt collectif défendu par l'administration. L'acte de pure administration se caractérise tout à la fois par l'existence d'un intérêt général prédominant et par une absence de droits subjectifs. Aucun contentieux ne peut naître directement d'un tel acte.* »^{164 165}. Cette nature et cette immunité vont être justifiées par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif qui se transcrit notamment dans les actes de police, l'idée étant de faire primer « [...] *la nécessité de maintenir la liberté de l'action administrative [...]* »¹⁶⁶ sur toute autre considération, *a priori* toujours tant qu'aucun droit subjectif n'est en cause. Tout dépend, en fait, des termes de la loi relative au domaine. Si cette dernière ne définit pas de droits opposables au profit des particuliers, la matière glisse dans le champ « purement administratif », où ces derniers n'ont que de simples

¹⁶³ Expression empruntée à François BURDEAU, tiré de BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit public », 1995, p. 154

¹⁶⁴ J. CHEVALLIER, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Bibliothèque de droit public, Tome 97, LGDJ 1970, p. 166, cité par P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre intérieur*, thèse de doctorat de droit public, Université de Bordeaux, 2000, p. 350.

¹⁶⁵ Et pour cause : Frédéric BLANCPAIN indique, dans sa thèse, la doctrine du Conseil d'Etat à l'époque : lorsque la loi a laissé le choix de la conduite ou de la solution à adopter, la décision retenue par l'administration a une autorité équivalente à celle d'une loi. C'est l'ensemble de l'acte administratif qui est discrétionnaire. Or, en outre, vers 1830, le pouvoir discrétionnaire en faveur de l'administration se présume. (F. BLANCPAIN, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse de doctorat de droit public, Université Paris II, 1979, p.58. Cf. également G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit administratif », 2002, p. 96)

¹⁶⁶ Expression empruntée à P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration*, *op. cit.*, 2000, p. 350.

intérêts¹⁶⁷ et où l'administration est autorisée par la loi à modifier unilatéralement les droits de l'administré. Comme le conclut Pascal COMBEAU dans sa thèse, on peut donc définir l'acte de pure administration, à partir de 1815-1820, comme « [...] *toute forme de décision administrative aménageant un pouvoir discrétionnaire de l'administration et pour lequel aucun droit subjectif n'est à revendiquer.* »¹⁶⁸ et bénéficiant ainsi d'une immunité juridictionnelle¹⁶⁹. L'absence d'admission de recours pour excès de pouvoir dans les matières dites administratives, auxquelles appartiennent en premier lieu les actes de pure administration, s'avère l'expression la plus manifeste du principe « juger l'administration, c'est encore administrer ». L'idée est ancrée au sein du Pouvoir et dans la doctrine juridique que le juge viendrait interférer ici dans des champs d'action où l'administration doit rester absolument libre pour la bonne marche des institutions¹⁷⁰. Par contre, le juge retrouve ses compétences juridictionnelles dès qu'on entre dans des matières déclarées contentieuses.

Si les auteurs les plus éminents tels Jean-Michel LEMOYNE de FORGES ou Raymond ODENT¹⁷¹ s'accordent à retrouver dans les mesures d'ordre intérieur des marques de l'ancienne notion d'acte de pure administration et si un certain nombre d'entre eux font correspondre la définition d'une des sous-catégories des mesures d'ordre intérieur avec les mesures adoptées en prison, il semble acquis que les actes pris dans le cadre carcéral devaient être considérés comme des actes de pure administration à l'époque où seule cette notion était en vigueur. C'est ce que confirme Pascal COMBEAU lorsqu'il affirme qu'on assiste alors à une véritable « *prise de relais* »¹⁷² par certaines mesures d'ordre intérieur de la catégorie des actes de pure administration, une « *renaissance officieuse* »¹⁷³ qui a permis un maintien dissimulé de la notion ; il fait en réalité directement référence, ici, notamment aux mesures prises dans les prisons, casernes militaires, hôpitaux, écoles et autres institutions fermées du même type pour assurer le maintien d'une discipline stricte¹⁷⁴. Mesures ainsi décidées par nécessité impérieuse, elles sont l'expression même de ces « [...] *actes que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation, afin de pourvoir aux intérêts généraux ou particuliers et non pour satisfaire à des droits ou à la loi* », définition que donne Edouard LAFERRIERE d'un des types d'actes que

¹⁶⁷ CHAUVEAU définit l'intérêt comme « [...] l'absence de droit. [II] naît de l'avantage que peut retirer tel individu d'une mesure administrative ou du désir d'obtenir une gratification, une faveur spéciale, d'un démembrement de l'utilité générale, à l'avantage de l'utilité particulière. » (A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, 1841, p. 23, cité par F. BLANCPAIN, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., 1979, p. 56). Cependant, Frédéric BLANCPAIN rajoute que l'intérêt recouvre un éventail de situations plus étendu que ce que signifie Adolphe CHAUVEAU, puisque le juge administratif n'accepte comme « droit » que celui spécifiquement protégé. (F. BLANCPAIN, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., 1979, p. 57).

¹⁶⁸ P. COMBEAU, L'activité juridique interne de l'administration., op. cit., 2000, p. 350.

¹⁶⁹ En effet, François BURDEAU précise que sous Louis XVIII, la jurisprudence du Conseil d'Etat délaisse progressivement l'utilisation de la terminologie dans un but de répartition des compétences entre administration active et juges de l'administration pour l'adopter comme « critère général de la recevabilité des recours contre les actes administratifs ». Ce n'est donc plus à une des deux branches de l'activité administrative que renvoie alors l'expression « d'acte de pure administration » mais à une des deux catégories d'actes émanant des administrateurs. Les actes de pure administration sont désormais la catégorie irréductible des actes qui ne peuvent irrémédiablement pas être contrôlés par le juge administratif, contrairement à l'ancienne *acception* du terme où l'absence de recevabilité du recours était parfois temporaire, due à l'obligation de former un recours préalable devant le ministre.

¹⁷⁰ Comme l'explique si bien François BURDEAU, ne « relev[ant] que de la souveraine appréciation des autorités en charge de l'administration active, [ces matières administratives] ne sauraient faire l'objet d'aucune appréciation de leur conformité à la légalité, tant externe qu'interne » (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op. cit., 1995, p. 158).

¹⁷¹ Raymond ODENT estampille la plupart de ces mesures d'ordre intérieur de sa célèbre formule de « vestige d'une vieille tradition qui, dans les services publics où la discipline doit être particulièrement ferme, conserve aux autorités responsables une marge de pouvoirs dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel », tiré de R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, DALLOZ, Tome I, rééd. 2007, p. 784.

¹⁷² Pascal COMBEAU dans L'activité juridique interne de l'administration. , op. cit., 2000, p. 353.

¹⁷³ *Idem*, p. 353

¹⁷⁴ On remarquera tout de même la constante absence de l'institution asilaire de ces analyses doctrinales.

recouvre la notion de mesure d'ordre intérieur¹⁷⁵. La définition contentieuse de ces mesures d'ordre intérieur se fonde en effet notamment sur l'immunité juridictionnelle de certains actes administratifs du fait de la nature discrétionnaire du pouvoir dont ils sont l'émanation directe.

L'analogie situationnelle semble un peu plus délicate à opérer concernant l'institution psychiatrique. La *quasi* totalité des décisions individuelles voire générales prises envers les aliénés sont en effet revêtues du sceau médical¹⁷⁶. La question réside donc dans le statut à donner à la décision dite thérapeutique. Doit-on lui appliquer la même analyse que les décisions administratives ? Il nous semble qu'objectivement, bon nombre de ces décisions conservent intrinsèquement une nature administrative. Leur maquillage médical joue plutôt dans le cadre d'un discours thérapeutique, proprement scientifique. On a vu précédemment, en effet, que l'aliéniste s'est approprié le pouvoir absolu sur l'asile dès la première moitié du XIXe siècle. L'administration est sous sa coupe, directeur compris quand le médecin ne cumule pas lui-même les fonctions. La clairvoyance juridique impose donc de dissocier – une fois n'est pas coutume – le discours médical de celui juridique : contrairement à nos précédentes expériences, il vient ici davantage fausser qu'expliquer ou aider à qualifier juridiquement la situation. Et, en outre, l'analyse par le prisme du droit de ces décisions médicales révèle une correspondance parfaite entre ces dernières et la définition des actes de pure administration transformés en mesures d'ordre intérieur précédemment exposée.

Malgré leur disparition, des réminiscences des actes de pure administration et leur lourde connotation de choix discrétionnaire de l'administration, au sens le plus arbitraire du terme, transparaissent donc dans la théorie des mesures d'ordre intérieur, émergente au début du XXe siècle.

L'histoire de la période d'étude ici envisagée, balayant le XIXe et le début du XXe siècle de la fin de la Restauration à la fin de la Seconde Guerre mondiale, coïncide avec celle de la naissance et de la montée en puissance du recours pour excès de pouvoir sous sa forme moderne, processus qui entretient le lien de causalité entre extinction de l'acte de pure administration et apparition du concept de mesure d'ordre intérieur. Après l'arrêt « *LANDRIN* », rendu en 1826¹⁷⁷, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir dans sa forme moderne, les décisions prononcées dans le même esprit se succèdent, et le Conseil d'Etat se dote de la base légale correspondant à sa nouvelle position en matière de contrôle juridictionnel¹⁷⁸. Désormais, la spécificité des actes de pure administration n'est donc plus d'échapper à tout contrôle juridictionnel mais de bénéficier d'un contrôle restreint. L'acte de pure administration perd sa présomption de régularité. Définition essentielle, au cœur de la notion de l'acte de pure administration telle que dorénavant compris par la justice administrative. Ce caractère limité du contrôle reste donc la trame de la notion d'acte de pure administration malgré l'histoire de son évolution qui semble se focaliser sur l'ouverture du champ contrôlé au sein de ces actes¹⁷⁹.

Dans un contexte où le recours pour excès de pouvoir devient un recours objectif pleinement autonome et où il connaît une certaine popularité grâce, notamment, à

¹⁷⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1ère éd. 1887-1888, rééd. LGDJ 1989, p. 293.

¹⁷⁶ Cf. nos explications sur la théorie du traitement moral et de la technique asilaire *supra*, pp. 49–50 et 60–61.

¹⁷⁷ Arrêt CE, 4/5/1826, « *LANDRIN* » dans lequel le Conseil d'Etat contrôle un acte de pure administration, acceptant de statuer sur la légalité d'un arrêté préfectoral plutôt que sur des droits subjectifs. Cette décision est un tournant décisif dans le droit administratif, « [...] propre à [le] révolutionner [...] » : elle marque en effet le début « [...] l'intrusion du juge dans la sphère jusqu'ici hermétique de la pure administration [...] » pour reprendre la formulation du Professeur BIGOT (G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit., 2002, p. 97).

¹⁷⁸ Ce qu'il manifeste en faisant figurer, à partir des premières années de la Monarchie de juillet, le *visa* des lois des 7 et 14 octobre 1790 dans les décisions statuant sur la légalité d'actes relevant de la pure administration.

¹⁷⁹ En effet, jusqu'au milieu du XIXe siècle, le Conseil d'Etat cantonne son contrôle à la légalité externe de l'acte d'administration. Puis, sous le Second Empire, il va progressivement se reconnaître compétent pour censurer des vices de légalité interne de l'acte d'administration, le recours pour excès de pouvoir s'affirmant au détriment de l'acte de pure administration : violation de la loi (arrêt CE, « *BIEMAIS* » du 15/12/1853), erreur de droit (arrêt CE, « *Bouchers de Lyon* » du 10/6/1859), exactitude matérielle des faits (arrêt CE, « *Port de Bercy* » du 19/7/1860) et détournement de pouvoir (arrêt CE, « *LESBATS* » du 25/2/1864).

l'assouplissement de ses règles de mises en oeuvre¹⁸⁰, la terminologie d'« acte de pure administration » est abandonnée en même temps que ce qui faisait son essence-même – l'impossibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir à leur encontre – disparaît¹⁸¹. L'administration ne perd cependant pas toute sa liberté d'action et tout un pan de son activité, désigné comme relevant de son « pouvoir discrétionnaire » profite d'un contrôle « aménagé »¹⁸². Pour reprendre les termes de Jacques CHEVALLIER, « [i]l n'y a plus d'actes discrétionnaires, puisqu'aucun acte administratif n'est exempt du contrôle du juge administratif sur sa légalité interne. Mais [...] le Conseil d'Etat réintroduit en fait ce principe [d'indépendance de l'administration active] à l'intérieur même de l'acte administratif sous le nom de pouvoir discrétionnaire ; il considère que dans tout acte administratif, il y a des éléments qui relèvent de la libre appréciation de l'administrateur et d'autres qui sont contrôlés par le juge. »¹⁸³. HAURIOU allait même plus loin, affirmant en 1902 qu'« [...] il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire que l'on retrouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives »¹⁸⁴.

La philosophie institutionnelle pénitentiaire comme asilaire n'a pas changé entre 1830 et 1945 : il ne s'agit pas de permettre au juge de venir contester des décisions qui sont la consécration et la concrétisation quotidienne du pouvoir institutionnel en prison. Bonne ou mauvaise, injuste ou non, la mesure prise est forcément pertinente, l'autorité ne peut se tromper face à ses reclus ; une quelconque remise en cause de ce postulat serait considérée comme une mise en danger de l'institution.

◇ **b) La mesure d'ordre intérieur, héritière juridictionnalisée de l'acte de pure administration :**

L'entrée dans l'ère de la mesure d'ordre intérieur amène une remarque significative : la notion renvoie, si l'on adopte la définition extensive du terme, à deux types d'actes utilisés au sein de l'institution carcérale, d'un côté les « documents intérieurs », de l'autre les « mesures d'ordre intérieur » proprement dites¹⁸⁵. Les premiers renvoyant aux règles générales d'organisation tels que les circulaires et les instructions de service, règle émanant des plus hauts degrés de la hiérarchie administrative et les seconds faisant davantage référence aux situations de terrain, à des situations précises voire carrément à des décisions individuelles, il apparaît donc que près de l'ensemble du droit gérant la prison comme l'asile entre 1830 et 1945 peut être désigné par l'expression de mesure d'ordre intérieur ; or ces règles peuvent porter fortement atteinte à des droits et libertés des détenus.

Quand on se souvient de la connotation discrétionnaire et d'opacité que porte cette notion, ce constat semble révélateur de la situation et du mode de fonctionnement de l'institution carcérale à l'époque. Et cet état de fait est clairement assumé par la doctrine et par le Conseil d'Etat même encore à la fin du XXe siècle. On admet que ces institutions fermées et appelant une discipline rigoureuse soient placées en-dehors des règles juridiques de garanties classiques pour des raisons d'opportunité. Y a-t-il besoin d'autres justifications pour expliquer cette

¹⁸⁰ Le décret du 2 novembre 1864 permet en effet un accès plus large à ce recours dans la mesure où les frais de cette action en justice se limitent aux droits de timbre et d'enregistrement et où les requérants sont dispensés de l'assistance obligatoire d'un avocat.

¹⁸¹ Disparition due principalement à la loi du 24 mai 1872, qui substitue la justice déléguée à celle retenue et, notamment, instaure officiellement le recours pour excès de pouvoir, cumulée à la mise à bas de la doctrine du ministre-juge dans le cadre de l'arrêt « CADOT » (CE, 3/12/1889).

¹⁸² L'expression est de Pascal COMBEAU dans *L'activité juridique interne de l'administration*, *op. cit.*, 2000, p. 352.

¹⁸³ J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, 1970, p. 258.

¹⁸⁴ HAURIOU, note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 31/1/1902, « GRAZIETTI », cité par Pascal COMBEAU dans *L'activité juridique interne de l'administration*, *op. cit.*, 2000, p. 352.

¹⁸⁵ La distinction est proposée par Raymond ODENT dans son cours de contentieux administratif et reprise par Franck MODERNE dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 27/1/1984 « CAILLOL », *RFDA*, 1984, pp. 187-194. Il s'agit donc ici de choisir entre les deux définitions possibles de la mesure d'ordre intérieur.

situation privilégiée faite à l'administration dans ces institutions durant le siècle étudié ici (1830-1945) ? Il nous semble que non. L'histoire des prisons et celle des hôpitaux psychiatriques reste celle d'un désintérêt certain de la population générale comme du droit pour ces populations et ces institutions à part, quand un vent de rejet stimulé par la peur ne balaye pas la société. Ainsi, il devient logique que le juge qualifie de mesure d'ordre intérieur et donc rejette le contrôle de mesures individuelles à caractère disciplinaire, mesures qui objectivement s'avèrent fortement attentatoires aux libertés individuelles : à ce titre, elles sont exclues, en temps normal du champ des mesures d'ordre intérieur. Cette dérogation au droit commun est la preuve ultime, si besoin était, de la situation tout à fait singulière de ces institutions d'enfermement. Tel est le cas dans les différents arrêts « *Sieur BRUNAUX* » de 1932 et 1935, concernant, pour le premier une punition de cellule¹⁸⁶ et pour le second diverses mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'égard de ce même détenu¹⁸⁷. Tel est le cas également dans l'arrêt « *Sieur ABET* » du 2 mars 1938 concernant une autorisation de correspondance pour un relégué avec une oeuvre de patronage pour les détenus¹⁸⁸.

Apparaît donc ici le caractère totalitaire et autarcique d'une institution à la discipline rigoureuse, affranchie de tout contrôle extérieur sur près de la totalité de ses actes juridiques. Cependant, replacée dans son contexte historique, en quoi cette législation institutionnelle se démarque-t-elle de l'organisation juridique appliquée au sein des services publics classiques ? N'est-on pas là face à une transposition, dans une institution simplement mise à l'écart de la société et vivant ainsi en vase clos, des règles ayant cours dans le reste des administrations et paraissant, dans ces cadres, anodines, ordinaires voire justifiées ? On a déjà pu le constater avec les actes de pure administration, parmi lesquels les actes pris dans le cadre des institutions de référence ici étudiées ont certes des justifications bien particulières, mais qui, pour le reste, suivent un moule commun à tous les services administratifs. La question est d'importance car il s'agit dans la présente étude d'apprécier jusqu'à quel point ces deux institutions modèles sont des entités exorbitantes du droit commun, voire de la légalité. Nous sommes bien, avec cette interrogation, au coeur de notre problématique, focalisée ici sur un sujet précis.

§ 2. Le cadre normatif de l'institution totale comparé au droit administratif commun : les raisons d'une exorbitance juridique

Face à un régime juridique exorbitant du droit commun, avec cette utilisation banalisée de la mesure d'ordre intérieur comme nature des décisions prises dans le cadre des institutions pénitentiaire et asilaire, la question se pose : est-ce une exorbitance du droit commun volontairement instaurée ou est-ce une ignorance réciproque des droits commun et institutionnel internes ? L'analyse de l'utilisation de la mesure d'ordre intérieur ainsi que de la constitution et de l'ampleur du pouvoir reconnu à tout chef de service dans une administration classique (a) servira ici d'étalon afin de jauger dans quelle mesure le fonctionnement au sein des institutions totales est effectivement particulier, affranchi des bornes posées au pouvoir discrétionnaire classique (b).

◇ a) Le cadre normatif commun : l'« ordre intérieur » et ses implications

L'ordre intérieur présent dans toute institution s'appuie principalement sur des actes non susceptibles de recours pour excès de pouvoir eu égard à leur objet : part vivante de cet ordre intérieur, ils sont nécessairement des actes « de cuisine interne », qui régissent des domaines où l'administration doit avoir une entière liberté de mouvement, à la fois par efficacité et par le caractère véniel voire foncièrement inintéressant, en-dehors de l'administration en cause, de ces mesures et décisions (1). Ils sont l'expression par excellence du pouvoir du chef de service (2).

¹⁸⁶ CE, 28/7/1932, « *Sieur BRUNAUX* », req. n°15.926, *Rec. Lebon*, 1932, p. 816

¹⁸⁷ CE, 6/3/1935, « *Sieur BRUNAUX* », *Rec. Lebon*, 1935, p. 295

¹⁸⁸ CE, 2/3/1938, « *Sieur ABET* », *Rec. Lebon*, 1938, p. 224

■ 1. La notion d'ordre intérieur et l'insusceptibilité de recours pour excès de pouvoir des actes considérés

On sait, en effet, depuis HAURIOU et RIVERO, que l'administration est dotée d'un ordre intérieur, émanant de la lecture institutionnelle que fait traditionnellement la doctrine de cette Administration. L'idée d'ordre intérieur est en effet « *consubstantielle* », pour reprendre le terme de Jean RIVERO, de la notion d'institution : issue « [...] *d'un processus social d'intériorisation d'une idée à mettre en œuvre* »¹⁸⁹, l'institution est inévitablement amenée à s'auto-structurer via la mise en place d'une autorité institutionnelle et à s'auto-réguler en créant un droit institutionnel. Or ce droit institutionnel n'est autre que l'ordre juridique intérieur de chaque institution « [...] *défini de manière large comme regroupant toutes les règles générées par [c]es institutions* »¹⁹⁰, étant acquis que ces institutions ont une emprise exclusive sur le champ social. Il apparaît qu'au-delà d'une réalité sociologique, l'institution est également une réalité juridique, par essence auto-normative : une institution ne peut fonctionner sans droit interne.

L'analyse institutionnelle de l'ordre intérieur administratif menée par Jean RIVERO dans sa thèse fait ressortir la pluralité d'institutions dont est composée l'Administration, ce qui entraîne en son sein une multiplicité d'ordres juridiques, égalitaires entre eux, autonomes et juxtaposés. Ceci dit, la réalité de ces caractères et de cette diversité peut être voilée par la similitude voire l'identité du contenu de ces ordres juridiques distincts : tous ces ordres sont des ordres intérieurs dont l'application est restreinte aux membres de l'institution et qui sont établis sur un modèle « *universel* », pour reprendre le terme de Pascal COMBEAU^{191 192}. L'« ordre intérieur » est bien un paradigme en même temps qu'une réalité appliquée. Ordre qui rassemble toutes les normes composant le droit institutionnel, c'est-à-dire aussi bien les normes générales à destination d'une communauté d'individus que celles plus individualisées concernant des personnes en lien étroit avec le service ou que celles qui régissent les relations s'établissant au sein du service. Un ordre qui rentre en consonance directe avec notre définition de l'institution totale si l'on en croit Monsieur RIVERO, puisqu'à ses dires, « [...] *la notion de vie intérieure elle-même se rattache de la manière la plus directe à la définition institutionnelle des services publics, éveillant l'idée d'un ordre clos, subordonné à la réalisation d'une fin, et se donnant à lui-même ses règles* »¹⁹³. Il arrive ainsi à définir l'ordre juridique administratif intérieur comme un ordre autonome, ayant une vie propre en parallèle à l'ordre juridique général concernant les relations entre État, pouvoirs publics, services publics et administrés. Un ordre juridique qui a une mission restreinte et ciblée, celle du bon fonctionnement du service ou de l'administration qu'il régit.

A l'époque des actes de pure administration, l'étude affinée de cette catégorie fait apparaître l'appartenance des actes manifestant un quelconque pouvoir d'organisation du service à cette catégorie. Quoi de plus naturel, dans la mesure où ces actes d'organisation sont par essence l'illustration-même de ce qu'on peut définir par « pure administration », activité proprement interne à un service et ne justifiant pas l'incursion d'un tiers ? On les retrouve ainsi cités pêle-mêle dans la liste des actes purement administratifs établie par LAFERRIERE dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* de 1896. Et dès 1826 d'ailleurs, CORMENIN mentionnait parmi les cas de rejet de recours dans le cadre d'affaires non-contentieuses celui « [...] *contre les décisions des ministres qui n'ont ni forme ni caractère d'un jugement ou qui organisent la discipline, la distribution et l'ordre du travail dans les administrations qui leur sont subordonnées, réglementant les frais de bureau, le nombre, le*

¹⁸⁹ P. COMBEAU dans L'activité juridique interne de l'administration, op. cit., 2000, p. 268.

¹⁹⁰ *Idem* p. 268

¹⁹¹ *Idem* p. 278

¹⁹² Pour un approfondissement de cette théorisation de l'ordre intérieur administratif, se reporter notamment à la thèse de J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, 403 p. [Issu de sa thèse de doctorat de droit, Université de Paris, 1934] et à celle de P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration.*, op. cit., 2000, pp. 267 et s.

¹⁹³ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, op. cit., 1934, 403 p.

rang, le salaire des employés. »¹⁹⁴. Il s'avère d'ailleurs, à cette lecture, que le pouvoir d'organisation balaye un champ très large, progressivement réduit à mesure que vont se développer les statuts de la fonction publique.

Avant HAURIOU, les juristes estimaient que cet ordre n'avait pas d'existence juridique en-dehors de cette administration et de cette fonction. Le développement progressif du recours pour excès de pouvoir au détriment de la catégorie des actes de pure administration fait basculer les actes concrétisant ce pouvoir d'organisation dans la nouvelle catégorie des mesures d'ordre intérieur. Cette évolution est ainsi explicitement entérinée par exemple en 1906 dans l'arrêt « LACROIX »¹⁹⁵ à propos de la modification des horaires de cours d'un enseignant de grec.

Méconnus ainsi par la légalité générale, invisibles pour le juge, ces actes normatifs, contraignants, pourtant, pour leurs destinataires, ne sont pas passibles de contrôle juridictionnel. C'est bien toute l'innovation portée par la thèse de RIVERO, préparée par HAURIOU dans sa fameuse note de 1921 sous « COCHET d'HATTECOURT »¹⁹⁶ puis par la conceptualisation de la notion d'ordre juridique intérieur par CARRE de MALBERG en 1933¹⁹⁷, que de militer, déjà, pour une reconnaissance juridique de ce droit spécifique et consubstantiellement délimité.

Si l'on adopte une définition matérielle de l'ordre juridique intérieur, comme ce fut notre parti dès le départ, cette position nous semblant la plus conforme à la réalité, il faut s'incliner devant un constat : tous les actes constitutifs de cet ordre administratif intérieur sont reconnus par nature comme insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. Il s'agit, au sens de RIVERO, de décisions prises dans un objectif de bon fonctionnement quotidien du service, qu'elles restent objectives, fixant des détails organisationnels, ou qu'elles visent plus particulièrement un fonctionnaire, dans l'exercice de ses fonctions ou bien pour lui appliquer des pénalités que le statut ne reconnaît pas comme dotées du caractère disciplinaire. Il s'agit également d'actes n'ayant pas de caractère décisoire, actes préparatoires ou simples mises en application de procédures administratives (transmission de dossier pour avis, etc.) ou encore des instructions de service ne contenant pas décisions exécutoires et se cantonnant soit à édicter des prescriptions impératives pour les fonctionnaires mais n'ayant que des répercussions indirectes pour les usagers, soit à donner des indications aux supérieurs hiérarchiques pour les guider dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Y appartiennent enfin les dispositions *quasi* réglementaires en ce qu'elles ont une portée générale et un caractère obligatoire, en tout cas dans un cadre précis, mais qui se bornent à viser l'aménagement d'un organisme ou d'un service public et qui sont prises par une autorité n'ayant pas le pouvoir réglementaire formel. Or, ainsi que l'exprime de manière imagée le Professeur CHARLIER, « [...] *ce qui demeure intérieur à un être ne tombe pas sous les prises de cet ordonnancement fait pour les rapports entre les êtres* [, à savoir « [...] *l'ordonnancement juridique général de la société : « le Droit »* »] ; *pas plus les relations de services intérieures à l'être collectif qu'est l'administration, que des mouvements de l'esprit d'un individu qui au-dehors reste immobile.* ». Il ne leur nie pas leur reconnaissance en tant qu'entité et qu'acteur au sein de la société mais, « [...] *l'ordonnancement de la société où se meut cet être ne considère cet ordonnancement intérieur et les actes faits conformément ou contrairement à lui que comme des faits [...]. L'édifice administratif, comme d'autres institutions closes [...] se dresse à côté de l'édifice du Droit général, mais il en demeure séparé* »¹⁹⁸.

L'ordre intérieur correspondrait donc quasiment parfaitement à l'addition des actes pris dans le cadre des pouvoirs de chefs de service et des règles émanant du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire trouvant leur source dans la légalité générale mais venant légitimement influencer

¹⁹⁴ CORMENIN, *Question de droit administratif*, Tome I, Imprimerie de Guiraudet, 3e éd., 1826, p. 110, cité par P. COMBEAU, dans *L'activité juridique interne de l'administration.*, *op. cit.*, 2000, p. 48.

¹⁹⁵ CE, 4/5/1906, « LACROIX », *Rec. Lebon*, 1906, p. 365

¹⁹⁶ CE, 22/2/1918, « COCHET d'HATTECOURT », *Recueil Sirey*, 1921, III, pp. 9-10

¹⁹⁷ Cf. R. CARRE de MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2007, [réed. de l'édition originale de 1933 aux éditions Sirey], 174 p.

¹⁹⁸ R.E. CHARLIER, « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », *JCP*, 1954, I, n° 1169, pp. 1168-1169

l'organisation du service, en tant que ce service est une composante à part entière du système institutionnel étatique général. Reste alors à définir l'énigmatique « pouvoir du chef de service », grand ordonnateur de cet ordre intérieur.

■ 2. Le pouvoir du chef de service, un pouvoir discrétionnaire important mais borné

Il s'agit en effet de reconnaître à tout responsable d'un service les moyens de s'assurer d'un fonctionnement satisfaisant de celui-ci. Pouvoir spontané, comme le définit Jean RIVERO, il naît en effet comme une nécessité incontournable afin de permettre à l'administration de marcher, une fonction vitale qui apparaît *ipso facto* à la création d'un service¹⁹⁹. C'est ce seul état de fait qui fonde ce pouvoir, dépourvu par ailleurs de tout fondement juridique. Un pouvoir qui possède le grand avantage de sa souplesse, de sa forte réactivité et de l'assurance d'une parfaite correspondance entre les besoins organisationnels du service et les règles adoptées par un chef proche du terrain. Une efficacité *optimum* peut donc être attendue d'un tel système.

Il s'agit bien, dès lors, d'une prérogative importante, effective, mais au domaine d'action strictement délimité : le chef de service ne peut intervenir que pour organiser son service et le fonctionnement de ce dernier, et uniquement en l'absence de textes sur la question. En outre, sa mesure doit être reconnue comme favorable au service, ou, pour respecter le vocable jurisprudentiel, comme prise « *dans l'intérêt du service* ». Il ne s'agit donc pas d'un blanc-seing délivré en faveur du chef de service. Le caractère discrétionnaire ne joue pas sur ce point, borné qu'il est par le contrôle du juge sur la réalité effective d'un intérêt pour le service, sur l'absence de détournement de pouvoir et sur l'absence de violation d'un éventuel texte préexistant à la mesure. Par contre, à l'intérieur de ce cadre, le chef de service a toute latitude d'action dès lors qu'il ne porte pas atteinte à des droits subjectifs. C'est donc un pouvoir largement – et non intégralement – discrétionnaire, mais subsidiaire.

Plus étendu que le pouvoir hiérarchique, il s'agit d'un pouvoir s'appliquant le cas échéant aux usagers du service autant qu'aux agents. Comme le rappelle Jean RIVERO, rien là d'un quelconque commandement à une personne qui ne serait pas un agent soumis au carcan hiérarchique, mais le chef de service édicte toute la « *réglementation objective* »²⁰⁰ structurant son service. Or l'organisation d'un service public a naturellement des répercussions sur ses usagers, qui doivent se plier à sa loi dès lors qu'ils font la démarche de l'utiliser. L'amplitude et l'intensité de cette soumission de l'utilisateur au pouvoir du chef de service vont certes dépendre de la nature du service et éventuellement pouvoir se borner au respect d'horaires d'ouverture, ou aller jusqu'à exercer un certain pouvoir disciplinaire sur les usagers²⁰¹. Faisant fi de toute considération hiérarchique entre les différents chefs, c'est également un pouvoir qui est reconnu de manière égalitaire à tous les responsables de service, quels que soient leur grade et la taille de leur service.

L'autonomisation de ce pouvoir n'a pas été immédiate : ce n'est qu'à partir des années 1905-1910 que se dessine la première reconnaissance d'un pouvoir d'organisation des services autonome et spontané, d'abord au profit des ministres²⁰² avant d'être étendu à d'autres chefs de

¹⁹⁹ Jean RIVERO explique le phénomène en ces termes : « Sitôt que l'on est en présence d'un service public, l'existence d'un ordre intérieur, liée à la nécessité d'un pouvoir autonome pour rendre effective la responsabilité du chef et permettre une toujours plus stricte adaptation à l'intérêt général, se fait jour. » (tiré de J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, *op. cit.*, 1934, 403 p.)

²⁰⁰ Expression empruntée à Jean RIVERO, issu de J. RIVERO, note sous l'arrêt CE, 7/2/1936, « JAMART », *Recueil Sirey*, 1937, IIIe partie, p. 114.

²⁰¹ L'exemple de l'institution scolaire est classique, mais un pouvoir de sanction a été reconnu dans le cadre de services à l'objet très éloigné d'une connotation éducative ou disciplinaire tel que le service du téléphone (cf. arrêt CE du 23/3/1906, « Demoiselle CHAUVIN » : suspension de ses communications à une abonnée au téléphone à titre de sanction, celle-ci s'étant répandue en injures à l'égard de l'administration des postes et de ses employés.)

²⁰² Dans un arrêt « Sieur FEDEL et autres » du 22/7/1910 (*Rec. Lebon*, 1910, p. 620), le Conseil d'Etat reconnaît au ministre de l'Instruction publique, en-dehors des textes existants, le pouvoir d'assigner les instituteurs à la surveillance des élèves durant les récréations. (cf. auparavant, CE, 12/7/1907, « BOUVET » (*Rec. Lebon*, 1907, p. 673), à propos de l'obligation de surveillance de l'étude du soir imposée aux instituteurs par le même ministre). Ce pouvoir d'organisation du travail au sein des services au profit du ministre est exprimé de plus en plus

service²⁰³. Reconnaissance admise au prix d'un raisonnement subtil sinon byzantin ; il émanerait forcément d'un pouvoir réglementaire officieux reconnu aux ministres en tant que chefs de service. Il faut attendre la thèse de Jean RIVERO et sa théorisation de l'ordre intérieur pour que la nature de ce pouvoir se clarifie définitivement. Reprenant les arguments de CARRE de MALBERG²⁰⁴, l'illustre professeur de droit distingue nettement ce pouvoir de celui réglementaire²⁰⁵ en le cantonnant en une forme de légalité spéciale « [...] *n'ayant force obligatoire qu'à l'intérieur du cadre dans lequel [ces règles] ont été édictées* [...] »²⁰⁶. Il va plus loin en reconnaissant que ce pouvoir n'est pas réservé au ministre, dans la mesure où ce qui le justifie, l'intérêt général, rend nécessaire son attribution à tout chef responsable de service sitôt que le bon fonctionnement des services publics le commande. Il en conclut donc, dès 1934, qu'on se trouve face à un pouvoir appartenant en propre aux chefs de service, explicitant avec deux ans d'avance tous les caractères du pouvoir officiellement reconnu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt « JAMART »²⁰⁷.

Voilà en tout cas, au terme de l'évolution, la reconnaissance d'un pouvoir qualitativement fort, aux prérogatives assez exorbitantes et exceptionnelles, compte tenu de l'impact qu'elles peuvent avoir dans la vie administrative et éventuellement sur les administrés, alors qu'elles ne sont reconnues qu'à un seul individu, le chef de service. Un pouvoir qui n'est pas sans rappeler celui octroyé aux chefs d'établissement pénitentiaire et aux chefs de service asilaire. Sur ce plan, il semble bien qu'on retrouve, en prison et à l'hôpital psychiatrique, l'application, sans nécessité de dérogation, du droit administratif commun. Ce qui va différencier l'exercice de ce pouvoir dans les services classiques et en prison ou à l'asile va s'exprimer par contre dans le moindre recours au juge, motivé par des raisons autant institutionnelles que pragmatiques.

◇ b) *Les singularités au sein des institutions pénitentiaire et asilaire: une exorbitance choisie du droit commun*

Ainsi, organisation administrative de l'institution pénitentiaire ou asilaire – particulièrement au niveau de leurs établissements – et organisation administrative des services publics paraissent calquées sur le même modèle de référence : dès lors qu'au sein d'une organisation se fait ressentir une nécessité d'ordonnancement et de discipline d'une « *vie intérieure* »²⁰⁸ apparaît le concept d'« ordre intérieur ». A partir de là, la toute-puissance administrative du XIXe siècle alliée à un pragmatisme visant l'efficacité amène naturellement à laisser une marge de manoeuvre dans la vie courante de ces organisations à la discrétion du chef de service ou d'établissement.

Pourtant, les deux institutions de référence ici étudiées présentent des singularités dans leur fonctionnement interne (1), quant à l'exercice d'un pouvoir qui, rassemblant les trois composantes dans les mêmes mains, peut être qualifié d'absolu (2) et qui neutralise dans les faits tout recours contre cet absolutisme (3). Autant de spécificités qui expliquent en même temps qu'elles mettent en oeuvre un régime dérogatoire du droit commun ; un régime reposant sur l'éviction du juge, instance de contrôle par excellence, comme de tout tiers, de l'exercice du pouvoir au sein de ces institutions, alors même que ce pouvoir est purement administratif.

significativement à travers une série d'arrêts entre 1910 et 1920 (CE, 25/7/1913, « *Fédération des amicales des instituteurs et institutrices de France* », *Rec. Lebon*, 1913, p. 922 ; CE, 3/12/1920, « *Union générale des fonctionnaires de l'enregistrement* », *Rec.*, 1920, p. 1033 ; CE, 20/2/1924, « *CARADET* », *Rec. Lebon*, 1924, p. 195).

²⁰³ Dans l'arrêt « DEVEZ » du 19/11/1924 (*Rec. Lebon*, 1924, p. 904), le Conseil d'Etat reconnaît ce pouvoir au gouverneur de Guyane et non au ministre.

²⁰⁴ Cf. R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, CNRS, 1962 [réimpr. en facsimilé de l'éd. Sirey de 1922], tome II, 638 p.

²⁰⁵ Pouvoir qui n'est constitutionnellement reconnu, à l'époque, qu'au Président de la République, et légalement à quelques autorités expressément et limitativement désignées.

²⁰⁶ J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, op. cit., 1934, p. 188.

²⁰⁷ Arrêt CE, 7/2/1936, « JAMART », op. cit., 1937, IIIe partie, pp. 113-118, dont le considérant de principe affirme que « [...] si, même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ».

²⁰⁸ L'expression est reprise au doyen HAURIOU.

■ 1. Dans le fonctionnement interne : des singularités consubstantielles à la définition des deux institutions totales

Deux singularités distinguent de prime abord le fonctionnement interne des institutions totales de celui des services publics classiques : en premier lieu, une exclusion de taille nous amène à considérer la définition de l'ordre intérieur réellement pratiquée, et jurisprudentiellement motivée, par Jean RIVERO et après lui par des auteurs comme Maryvonne HECQUARD-THERON comme restrictive par rapport à la définition posée ci-avant. En effet, tous les actes relatifs à des droits subjectifs – c'est-à-dire en créant ou en lésant – reconnus aux fonctionnaires ou aux usagers des services publics, de même que les actes ayant trait à la répression disciplinaire des fonctionnaires, sont exclus de cette définition de l'ordre administratif intérieur car ils sont reconnus comme susceptibles de recours pour excès de pouvoir par le juge administratif. Non que tous ces auteurs se soient abusés sur le sens des mots – Jean RIVERO précise bien, et à plusieurs reprises, l'exclusion qu'il opère –, mais nous préférons reprendre, pour notre part, le vocable d'« ordre intérieur », si justement qualifié de « consubstantiel » à la notion d'institution par le même éminent professeur de droit, et l'adopter dans toute l'ampleur de ses termes, au-delà d'une définition contentieuse. Dans le cadre des institutions totales, l'expression prend un sens aussi absolu que l'institution qu'il caractérise : les éventuels droits et devoirs des reclus sont inclus dans la notion.²⁰⁹

En second lieu, la sanction la plus grave pouvant s'abattre sur l'utilisateur non-respectueux des règles organisant un service public est l'exclusion ou la privation du bénéfice recherché dans l'utilisation du service. Or, dans un retournement de situation parfait, au sein des institutions d'enfermement, cette même exclusion prendrait le sens de liberté, et accèderait à l'aspiration ultime de leurs usagers involontaires. Se cristallise dans cette différence la particularité première de l'institution totale : l'absence de choix de l'utilisation du service par l'utilisateur, la négation de l'autonomie de la volonté si chère à l'individualisme naissant du XIX^e siècle, reconnu comme un caractère fondateur du concept d'institution totale. Nécessairement, concernant les punitions, la menace de sanction ne pourra donc s'appuyer sur la même hiérarchie de valeurs. Seule la solution de l'escalade dans la dureté des privations, de l'enfermement et de l'isolement peut résoudre l'équation disciplinaire propre à ces institutions.

Il apparaît bien, à travers toutes les études menées jusqu'ici, que l'autorité dirigeant une institution totale concentre dans sa main les pouvoirs exécutif et législatif propre à ce microcosme. *Quid*, dès lors, de l'autorité judiciaire, du pouvoir de juger, ce pouvoir qui, dans la vulgate commune, est censé clore la triade de l'absolutisme en termes de Pouvoir institutionnel ?

■ 2. Une singularité posant le risque de l'arbitraire : l'exercice du pouvoir de justice et disciplinaire au sein de l'institution

Selon Michel FOUCAULT, tout système disciplinaire est doté de son « *petit mécanisme pénal* »²¹⁰, structuré autour d'une instance de jugement propre, avec son propre rituel d'audience, et son propre code de normes sanctionnées sur des délits spécifiquement définis dans le cadre interne de l'institution, avec des punitions également originales. On a donc la constitution d'une « *infra-pénalité* »²¹¹ pour reprendre son expression. Il semble s'appuyer, pour mener cette réflexion, sur les seules vécues caractérisant notamment l'institution scolaire ; retards, absences injustifiées, bavardages ou insolences et autres désobéissances sur des sujets sans enjeu primordial. Le propre des institutions totales serait de contrôler les comportements et attitudes dans les moindres détails et d'inventer en conséquence des sanctions à l'égard de menues

²⁰⁹ Il est intéressant, à ce propos, de réfléchir au discours tenu par J. RIVERO sur l'armée, à laquelle il refuse d'appliquer la notion d'ordre intérieur. La reconnaissance d'un tel ordre, associée selon lui à l'idée de « *pouvoir discrétionnaire contrôlé* » et non plus à celle d'« *acte discrétionnaire* », est intenable dans une institution où la possibilité même de discuter un ordre du supérieur hiérarchique n'existe pas, ne doit pas même pouvoir être envisagée, pour reprendre ses termes. La présente étude nous amenant cependant à nous ouvrir à l'évolution des mesures prises au sein de la prison et à leur progressif basculement vers un contrôle du Conseil d'Etat, -même très limité -, il nous semble plus pertinent de reprendre dès le départ à notre compte la notion d'ordre intérieur, quitte à légèrement la modifier comme nous avons pu le faire.

²¹⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., 1975, p. 209

²¹¹ *Idem*, p. 209.

incartades : il s'agit d'habituer les reclus « à prendre le pli » pour tout et à ne plus revendiquer une once de liberté. Analyse qui peut effectivement être transposée aux deux institutions prises ici en référence : « traitement moral » psychiatrique comme volonté rééducative et/ou punitive pour la prison sont extrêmement empriseurs. *A fortiori*, les actes plus graves, telles les violences, sont également passibles de la justice disciplinaire interne à l'institution.

Pour suivre FOUCAULT, la détention sans partage, par l'institution elle-même, du pouvoir de juger fait donc peu de doute, quelle que soit celle des deux institutions prises en référence ici. Les habits qu'endosse ce pouvoir pour s'exercer sont par contre trompeurs sinon mensongers, chacune des deux institutions étudiées ayant son originalité en la matière. Ce pouvoir de juger participe à l'exécution du pouvoir disciplinaire, remis intégralement au chef d'établissement en prison, au médecin à l'asile psychiatrique, c'est-à-dire à la figure qui incarne l'autorité envers les usagers dans chacune des deux institutions. Si l'on suit le raisonnement de RIVERO, ce pouvoir absolu est une « *survivance* », du régime disciplinaire tel qu'on le concevait dans tout service public en l'an VIII et durant la plus grande partie du XIX^e siècle²¹², un pouvoir alors discrétionnaire qui interdisait au juge de connaître de ces affaires toutes hiérarchiques. C'est la nouvelle appréciation portée sur la carrière du fonctionnaire et la reconnaissance en sa faveur de droits opposables à l'administration qui ont amené à renoncer progressivement à cette soumission sans partage à l'arbitraire hiérarchique dans le cadre de la fonction publique. Peu de raison, donc, que la situation change dans un cadre de rapport aux usagers dérogatoire à l'état du droit commun : même si au gré des époques, les discours sur ces reclus et leur condition évoluent, passant du durcissement à la compassion, la position de toute-puissance et discrétionnaire des autorités institutionnelles ne s'en trouve pas directement infléchie. Ce ne sont pas les discours philanthropes sur les enfermés qui sont à la source des changements mais l'inexorable évolution générale des normes fondatrices du droit, telle la doctrine de l'acte de pure administration, qui entraîne nécessairement des modifications collatérales au sein des deux institutions. Des modifications malgré tout minimales tant ces entités se sont construites et demeurent en marge du droit commun, parvenant dans certains domaines à se figer dans l'ancien état du droit.

Si nous exposons cette théorie de la survivance, c'est d'ailleurs moins pour démontrer que, durant un temps, ces institutions ont suivi le droit commun, que pour exposer une autre hypothèse : l'institution s'est établie au départ sur le droit commun car celui-ci correspondait à ses besoins dans la mesure où il s'avérait à l'époque au service de la toute-puissance administrative. Ce serait donc par opportunité que les institutions totales ont pu, dans la première moitié du XIX^e siècle, s'asseoir sur le droit administratif commun. A partir du moment où, dans le cadre général, un retournement s'est opéré en faveur des particuliers et des droits subjectifs, un schisme s'est ouvert entre institutions totales totalitaires et droit administratif général nouveau.

En prison, le pouvoir disciplinaire appartient donc sans partage au chef d'établissement pénitentiaire, suivant une logique doctrinalement recevable : le droit de réprimer est le corollaire du pouvoir de direction, une contrepartie nécessaire assurant l'effectivité de son respect. Le directeur de prison se doit en effet de garantir la sécurité des biens et des personnes, et plus généralement l'ordre, au sein de son établissement. Cette incontournable prérogative administrative n'étant donc qu'un moyen de s'assurer la jouissance pleine et entière de ses fonctions, elle reste dans la sphère administrative et discrétionnaire. Si ce principe n'est pas remis en cause²¹³, une volonté de légitimation, aux yeux des prisonniers, de cette justice interne

²¹² RIVERO rapporte qu'en 1903 encore, BONNARD décrit la répression disciplinaire comme « un agent unique pronon[çant] sans être astreint à aucune formalité, pour une faute laissée à son appréciation, une peine dont il fixe nature et quotité. » (BONNARD, *La répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires*, thèse, 1903, cité par J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, op. cit., 1934, p. 159.

²¹³ Et ce jusqu'à la fin du XX^e siècle, les mesures disciplinaires étant considérées avec constance par le juge administratif comme des mesures d'ordre intérieur. Cf. le premier arrêt le signifiant explicitement : CE,

se fait jour. Plusieurs arguments sont avancés : rappelons en premier lieu l'amplification apportée à la moindre privation par le caractère clos de l'institution. Les dernières parcelles de liberté laissées aux reclus dans ces institutions – et sur lesquelles empiètent nécessairement les punitions disciplinaires – sont tellement minimes qu'ils y sont viscéralement attachés et qu'y porter atteinte prend des proportions dramatiques pour eux. Il s'agit donc de consolider l'apparence de justice dans les décisions sanctionnatrices, permettant à la fois de limiter les risques de révolte et de participer à la rééducation du détenu en lui redonnant des valeurs morales, parmi lesquelles figure en bonne place la justice intègre et mesurée.

L'arrêté ministériel « *sur la justice pénitentiaire* » du 8 juin 1842 instaure en conséquence un pastiche de tribunal interne dans les maisons centrales, le prétoire. Au cours d'une audience qui veut rappeler celle devant les juridictions pénales, le détenu soupçonné d'avoir enfreint la discipline est jugé et généralement condamné à une punition par le directeur d'établissement. La solennité des audiences est de mise, l'arrêté fixant avec minutie l'agencement des locaux et le déroulement de la procédure. Estrade pour les juges d'occasion, « barre » devant laquelle s'avancent les personnes auditionnées, apparat dans la décoration de la salle, « *grande-tenue* » imposée pour le costume des gardiens affectés au service de garde durant l'audience, admonestations et déclamations moralisatrices de la part du directeur rendant la sentence participent de la cérémonie. La duperie ne trompe cependant personne : le directeur, président du tribunal ainsi reconstitué, est certes flanqué d'assesseurs, mais le pouvoir décisionnel lui appartient toujours en propre. Pas de changement, donc, sur ce point par rapport à l'état du droit disciplinaire antérieur. En outre, les détenus ne peuvent pas faire entendre de témoin pour leur défense, qu'ils assurent eux-mêmes²¹⁴, avec toute la crédibilité qu'on leur accorde en regard du rapport monté par l'administration suite à la plainte ou à la dénonciation. Il n'y a donc pas de débat contradictoire et l'égalité des armes n'est pas encore un principe d'actualité, loin de là. La publicité de l'audience est également toute factice : il ne s'agit pas de laisser tout prisonnier qui le souhaite assister au jugement d'un camarade. Le public est donc constitué de gardiens en civil. Il s'avère que cela leur permet de faire implicitement pression sur l'autorité-juge voire sur le détenu lui-même, interférence néfaste à une comédie juridictionnelle déjà peu crédible. Marque ultime du caractère purement formel de toute cette dramatisation : ces décisions sont rendues par un membre de l'administration – le directeur d'établissement – qui cumule les pouvoirs d'opportunité de poursuivre, d'instruction de l'affaire²¹⁵ et de jugement, et ces décisions restent bien des mesures d'ordre intérieur ; ni recours ni appel ne sont donc possibles à leur encontre devant un vrai juge, indépendant et impartial. Michel FIZE insiste particulièrement sur cette absence de contrôle, qui semble avoir dérangé dès 1872 les juges judiciaires²¹⁶. Il est en effet notoire à l'époque que les chefs d'établissement sont enclins aux abus²¹⁷, facilités par l'arbitraire de cette justice interne.

Ici réside d'ailleurs la dimension la plus problématique de ce pouvoir qui en est teinté de despotisme : le directeur d'établissement décide discrétionnairement de la sanction, aucune échelle de référence entre la faute commise et la sanction n'étant établie par des textes. La faute disciplinaire n'est en outre pas définie, « *toutes les infractions aux règles intérieures de la prison* » étant susceptibles de déclencher l'exercice du pouvoir disciplinaire. Par contre, les contraintes de plus en plus sévères à mesure qu'avance le XIX^e siècle, esquissant les contours d'une discipline de plus en plus étouffante pour les prisonniers, donnent prise à un exercice toujours plus élargi du pouvoir disciplinaire : en effet, toute contrainte nouvelle signifie une infraction nouvelle possible et donc une sanction en conséquence. L'ordonnance du 10 mai 1839 prise pour les maisons centrales²¹⁸, manifestation du tournant répressif imposant des règles aussi

28/7/1932, « *Sieur BRUNAUX* », req. n°15.926, *op. cit.*, 1932, p. 816, et l'évolution du droit concernant les mesures disciplinaires avec le retournement jurisprudentiel de l'arrêt CE, 17/2/1995, « *Pascal MARIE* », req. n°97754, *infra*.

²¹⁴ L'arrêté indique plus exactement « *après l'avoir entendu dans ses explications* » (art. 10 de l'arrêté du 8 juin 1842)

²¹⁵ Il contrôle en effet les éventuels personnels chargés de l'enquête préalable à la décision disciplinaire.

²¹⁶ M. FIZE, « L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier ? », *RSC*, 1988, n° 4, p. 751-755 et M. FIZE, « Punir en prison au XIX^e siècle », *RSC*, 1982, p. 809-811.

²¹⁷ L'isolement, notamment, est déjà inconsiderément utilisé en guise de sanction.

²¹⁸ Généralisée à l'ensemble des établissements pénitentiaires par le règlement général du 30 octobre 1841.

intenable que le silence absolu, inféodé à l'extrême les détenus au personnel pénitentiaire, et le pouvoir implicite du choix de poursuivre devient prépondérant parmi les différentes prérogatives disciplinaires reconnues au chef d'établissement. En outre, l'absence de publicité du règlement intérieur – voire l'absence pure et simple de règlement intérieur dans les établissements pénitentiaires – rend difficile le respect de ces normes inconnues, et d'autant plus arbitraire l'affirmation d'infractions commises. Certes, par ailleurs, une liste des sanctions est arrêtée par l'article 614 du Code d'instruction criminelle, limitant ainsi en théorie les excès de sévérité des chefs d'établissement. L'arrêté de 1842²¹⁹ autorise cependant ces autorités à utiliser un éventail de sanctions non répertoriées dans cet article : considérées comme moins sévères que les fers, eux-mêmes permis par l'article 614, l'emploi de ces alternatives apparaîtrait ainsi comme une faveur reconnue aux détenus. On note toutefois une amélioration : cette même instruction interdit formellement un certain nombre de peines considérées comme inhumaines. Comme l'analyse Michel FIZE, cette évolution marque « *l'ascension irrésistible d'un pouvoir pénitentiaire autonome dont le développement était continu depuis le premier tiers du XIXe siècle* », « *un pouvoir local concentré dans les mains des directeurs et des gardiens-chefs*²²⁰ »²²¹. Une concession est, certes, tout de même faite aux prisonniers, l'arrêté de 1842 les autorisant à formuler des demandes ou réclamations à la fin de l'audience disciplinaire²²².

La situation est assez différente concernant l'institution asilaire : point de tribunal instauré au sein de l'institution. La répression disciplinaire prend en effet deux formes²²³ : soit elle se grime en décision purement médicale soit elle affirme sa nature punitive, jouant en ce cas la carte du pouvoir incontestable, forcément juste²²⁴ et dans la vérité, sans rompre toutefois avec un prétexte médicalisant. Dans les deux cas, l'exercice de la répression disciplinaire est nettement altéré par l'image que l'on a du fou durant le XIXe et le début du XXe siècle.

Dans la première alternative, la décision disciplinaire peut prendre les traits d'un soin, souvent ponctuel, comme la contention, l'isolement ou la douche froide²²⁵, pris en réaction à un comportement ou un événement précis. Il s'agit bien de répondre médicalement en vue de traiter une manifestation pathologique éventuellement soudaine.

Dans la seconde alternative, il s'agit alors de traiter les aliénés en « *grands enfants* », pour reprendre l'expression employée par H. GIRARD en 1843²²⁶, à l'image de leur comportement qui semble fuir les normes qu'on veut leur (ré)apprendre. La décision disciplinaire prend alors place forcément dans le cadre du traitement à long terme, ce dernier étant fondé sur le principe d'une rééducation du malade à la vie en société et à la perception de la Vérité. Toute infraction à la Loi de l'établissement et aux ordres du personnel est passible de punition à la vertu thérapeutique : on espère réinculquer au fou la vie sous le joug d'un ordre préétabli, qu'il ne contrôle pas mais auquel il doit se plier. Surtout que, comme l'énonce un rapport en 1874, on

²¹⁹ Article 2 de l'arrêté du 8 juin 1842.

²²⁰ Les gardiens-chefs dirigeaient les prisons départementales, le titre de directeur étant réservé pour les chefs de maisons centrales.

²²¹ M. FIZE, « L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier ? », *op. cit.*, 1988, p. 752.

²²² Article 15 de l'arrêté du 8 juin 1842.

²²³ Bien entendu, on ne traite ici que de la répression et des décisions officielles, toujours subordonnées à la décision du médecin. Mais une répression occulte et sinueuse a bien évidemment cours, du seul chef des gardiens en majorité, participant à cette vie et ces pratiques souterraines, sociologiquement incontournables au sein d'une micro-société évoluant en cercle fermé et soumise à des règles strictes. Elle trouve sa source dans les relations – voire éventuellement les luttes – de pouvoir qui ne manquent de s'instaurer au sein d'un petit groupe d'individus.

²²⁴ Au sens d'intègre.

²²⁵ La polémique autour de l'utilisation de la douche froide a battu son plein dans les années 1830, son principal chantre étant François LEURET. Elle était considérée comme un véritable instrument de punition, confinant à la torture, par certains témoins ou aliénistes opposés à ce procédé et jusqu'à l'Académie royale de Médecine. Ceci dit, même des aliénistes connus pour leur compassion envers les aliénés tels que PINEL ou ESQUIROL ont utilisé, sans doute de manière plus modérée, ce procédé de « soin ». L'idée est en effet de montrer au malade, et de manière saisissante afin qu'il le comprenne, qu'il est dans l'erreur lorsqu'il tient certains propos aberrants. (cf. à ce sujet Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, *op. cit.*, 2009, pp. 270-274.

²²⁶ H. GIRARD, « De l'organisation et de l'administration des établissements d'aliénés », *Annales médico-psychologiques*, 1843, tome II, p. 243.

pense que « la plupart [des aliénés], dans la majorité des cas, savent parfaitement quand ils font le mal, et il n'y aurait ni traitement moral, ni discipline possible si on ne le leur fait sentir. »²²⁷. Pour cela, on lui impose au sein de l'institution asilaire une discipline plus contraignante que ce qu'il doit connaître à l'extérieur, dans un cadre dont toutes les variables sont calculées²²⁸. Le précepte originel déclare en effet que « l'ordre extérieur révèle l'ordre intérieur et [...] ce dernier [est] la plus haute expression de la raison qu'on doit faire prédominer dans la folie »²²⁹.

Selon Robert CASTEL, « l'autoritarisme musclé, loin d'être en contradiction avec l'humanisme proclamé des premiers aliénistes, est son instrument. »²³⁰. On est là dans l'essence même du traitement moral pratiqué au XIXe siècle, l'ensemble de la vie de l'aliéné étant « sous leadership médical absolu »²³¹ pour reprendre les termes du sociologue²³². En effet, rappelons-le, cette doctrine pinélio-esquirolienne est entérinée par l'ordonnance d'application de la loi de 1838. Son article 8 précise bien que « le service médical, en tout ce qui concerne le régime physique et moral, le bon ordre et la police médicale et personnelle des aliénés, est placée sous l'autorité du médecin dans les limites du règlement intérieur [...] »²³³.

Ainsi, Robert CASTEL peut-il conclure qu'« une fois respectées quelques exigences administratives minimales, le médecin dispose d'une autorité pratiquement sans limite. »²³⁴. Le caractère monarchique²³⁵ et absolutiste de ce pouvoir médical dans les asiles du XIXe et début XXe siècles est unanimement reconnu et la dimension thérapeutique de son caractère discrétionnaire et despotique ne fait pas dissension. On en revient donc à la détention, par l'autorité régnante sur l'institution, d'un pouvoir disciplinaire absolu, ce qui participe à la définition de l'institution totale.

Le constat parachevant le décalage des institutions ici étudiées avec les autres services publics et consacrant de manière ultime leur caractère totalitaire concerne l'effectivité du recours au juge.

■ 3. L'absence d'effectivité du recours au juge, marque ultime de l'autarcie juridique

Concernant le milieu carcéral, il s'agit, en guise de préliminaire, d'immédiatement rétablir le vocable correspondant à l'exactitude de la situation : dans le cadre d'acte de pure administration tels que doivent être considérés tous les actes pris en prison même après l'apparition de la notion de mesure d'ordre intérieur, rappelons qu'aucun recours juridictionnel n'est reconnu, il n'existe que des recours gracieux et hiérarchiques. Certes, à partir de 1826 et de

²²⁷ CONSTANS, DUMESNIL, LUNIER, *Rapport sur le service des aliénés en 1874*, Paris, 1878, p. 186.

²²⁸ Ainsi, PARCHAPPE fait l'apologie du traitement moral, écrivant en 1841 : « L'ordre et la régularité dans tous les actes de la vie commune et privée, la répression immédiate et incessante des fautes de toute espèce, et du désordre sous toutes ses formes, l'assujettissement au silence et au repos pendant certains temps déterminés, l'imposition du travail à tous les individus qui en sont capables, la communauté du repas, les récréations à heure fixe et à durée déterminée, l'interdiction des jeux qui excitent les passions et entretiennent la paresse, et par-dessus tout l'action du médecin imposant la soumission, l'affection et le respect par son intervention incessante dans tout ce qui touche à la vie morale des aliénés : tels sont les moyens de traitement de la folie, qui donnent au traitement appliqué dans ces maisons une supériorité incontestable relativement au traitement appliqué à domicile. », (PARCHAPPE, *Rapport sur le service médical de l'asile des aliénés de Saint-Yon, Rouen, 1841*, p. 11)

²²⁹ H. GIRARD, « De l'organisation et de l'administration des établissements d'aliénés », *op. cit.*, 1843, tome II, p. 245

²³⁰ R. CASTEL, *L'Ordre psychiatrique*, *op. cit.*, 1976, p. 245.

²³¹ *Idem* p. 99

²³² Robert CASTEL l'explicite de manière significative : dans le cadre du traitement moral, « l'organisation de la vie quotidienne est traitement, la soumission aux ordres du personnel est traitement, le travail est traitement. » (*Idem* p. 99).

²³³ Ordonnance du 18 décembre 1839, article 8, tirée de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1880-1884, tome I, p. 68

²³⁴ R. CASTEL, *L'Ordre psychiatrique*, *op. cit.*, 1976, p. 255.

²³⁵ Nous employons ici le terme dans son sens littéral de « gouvernement d'un seul », « [r]égime dans lequel l'autorité est exercée par un individu et par ses délégués » (Cl. KANNAS et F. DEMAY (dir.), *Le petit Larousse illustré 1996. Dictionnaire encyclopédique*, *op. cit.*, 1996, p. 667).

l'arrêt « *LANDRIN* », on pourrait commencer à concevoir une entrée du juge administratif dans l'administration de l'institution carcérale. Mais cet accès au juge reste théorique, et même complètement idéal, à plus d'un titre. En premier lieu, il ressort des informations fournies par Jacques-Guy PETIT que le niveau d'éducation des prisonniers plafonne rapidement, même si on peut souligner une nette amélioration au cours du XIX^e siècle avec la diffusion et la massification de l'instruction élémentaire. Deux conséquences à ce défaut d'instruction : d'abord, pour obtenir un accès au juge, notamment celui administratif, encore faut-il connaître son existence. Or on peut douter que l'étendue de la culture de cette masse à majorité populaire ait atteint ce domaine. En outre, dans le même ordre d'idée, il est fort douteux que cette population ait été assez familière avec les procédures à respecter pour saisir le juge ; quant à la compétence reconnue à ce dernier dans le cadre des actes de pure administration / mesures d'ordre intérieur, elle reste, même évoluant, tellement restreinte qu'elle n'en est que plus subtile à mobiliser. Seuls de véritables professionnels du droit peuvent espérer saisir les pierres d'achoppement sur lesquelles ils pourraient monter des recours. En outre, même après l'extinction de la catégorie des actes de pure administration, les seuls recours « utiles » dans l'esprit d'un prisonnier sont ceux qui concernent directement le fond des mesures prises, c'est-à-dire des recours qui demeurent uniquement du ressort de l'administration (recours gracieux et hiérarchiques adressés au ministre ou au préfet), le juge refusant obstinément d'en connaître.

A cela, rajoutons la mauvaise condition physique du prisonnier, dont le régime carcéral, fondé sur le silence et les nombreuses privations, « *débilit[...]* le corps et l'esprit » selon les termes de Jacques-Guy PETIT²³⁶.

Et quand bien même un prisonnier serait davantage instruit que les autres sur les arcanes du recours, un nouvel écueil est rédhibitoire : il s'agit de passer outre l'administration pénitentiaire, c'est-à-dire à la fois de parvenir à atteindre son destinataire malgré le contrôle minutieux du courrier et de ne pas craindre les représailles qui ne manqueront de venir des gardiens si ce n'est pas de leur hiérarchie. En 1831, des instructions, réitérées en 1836, concernant le contrôle du contenu des lettres, soulignent la vigilance requise de la part de la direction d'établissement et de ses employés : notamment, toute description de la vie en prison ou demande de secours sont censurées.

Certes, théoriquement, trois destinataires de courrier sont autorisés, parmi lesquels figurent la Justice et l'Administration. C'est donc en toute légalité, et normalement à l'abri de toute sanction disciplinaire, que le prisonnier devrait pouvoir correspondre avec ces autorités. Ceci dit, pour des suppliques touchant un transfert, encore peut-on imaginer une transmission correcte du courrier, mais dès qu'il s'agit de récriminations envers la politique de l'établissement ou de plaintes à l'encontre d'un gardien, quel chef d'établissement, quel surveillant laissera la lettre arriver sans encombre à son destinataire ?

Les études archivistiques menées par Jacques-Guy PETIT sur la maison centrale de Fontevault apportent quelques conclusions intéressantes à ce niveau : en premier lieu, comme il le sous-entend, les prisonniers ont conscience de cet absolutisme administratif au sein de l'institution pénitentiaire, qu'ils subissent au premier chef. Le dépouillement des dossiers d'archives concernant ce sujet permet de retrouver effectivement des suppliques, réclamations voire dénonciations et plaintes adressées au ministre ou au préfet. Mais leur nombre, dans les archives de la centrale de Fontevault, ne dépassent pas quelques dizaines pour la période allant de 1815 au début du XX^e siècle. En outre, dans leur majorité, ces lettres implorent le préfet au sujet de transfert dans une autre prison ; si l'on suit le raisonnement de Monsieur PETIT, c'est leur caractère peu compromettant pour l'Administration pénitentiaire qui expliquerait donc leur existence, et en tout cas leur conservation. Et l'auteur de conclure sur ce point : il « *fallait beaucoup de courage, de souffrances ou d'appuis extérieurs* »²³⁷ pour oser se plaindre auprès de l'administration locale. En second lieu, son analyse du contraste entre ces maigres découvertes archivistiques et celles de dossiers plus substantiels, réclamations « *contre l'arbitraire de l'administration locale et les brimades* »²³⁸, apparemment instruites avec attention sous la III^e

²³⁶ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 471.

²³⁷ *Idem* p. 477

²³⁸ *Idem* p. 477

République l'amène à deux interprétations : il y voit les indices, d'une part d'une meilleure connaissance de leurs droits par les détenus et d'autre part, d'un respect plus scrupuleux du droit par l'administration qui intercepterait et détruirait moins les lettres de récriminations à mesure qu'on avance dans le temps.

Concernant le milieu psychiatrique, l'effectivité du recours au juge paraît encore plus ténue : il apparaît d'abord que, si toute décision médicale est considérée comme frappée d'immunité du fait même de son caractère thérapeutique et du défaut de crédibilité des argumentations, issues des patients alliée à une liberté de choix du médecin dans ses méthodes de traitements, bien peu de recours vont pouvoir être ouverts.

Il est certain que la loi de 1838 interdit formellement, sous peine de sanction, que les réclamations adressées aux autorités judiciaires comme administratives soient subtilisées, détruites ou retenues par les chefs d'établissement ; un droit d'accès légitime au juge est donc normalement reconnu au malade, et rien n'empêche qu'il n'utilise ce droit pour se plaindre des conditions qui lui sont faites à l'asile. Ces autorités sont également censées effectuer des visites des établissements d'aliénés, au cours desquelles les malades qui le souhaitent peuvent éventuellement s'entretenir directement avec elles. Mais n'oublions pas que les auteurs potentiels de ces recours ou de demandes sont stigmatisés comme aliénés, population bien peu crédible aux yeux des juges dès lors qu'ils se présentent sous cette identité. En effet, qui d'autre qu'un aliéné, une personne particulièrement susceptible d'affabuler, peut être enfermé à l'asile et donc être susceptible de fomentier un recours contre ses conditions d'enfermement ? Par présomption, le fou enfermé ne l'est pas par erreur. On imagine donc volontiers le regard suspect que vont porter les autorités de contrôle et le juge sur les requêtes émanant de malades et l'avenir qui va vraisemblablement être le leur.

La dernière remarque pragmatique, rejoint le constat fait pour les détenus : une bonne part des aliénés enfermés dans les établissements, notamment ceux accueillis gratuitement, n'ont pas l'instruction suffisante pour avoir connaissance de ces recours potentiels et pour savoir comment lancer les procédures. On peut remarquer à cette occasion combien le plafond de verre que constitue la différence de culture entre classes sociales demeure une réalité indéniable.

L'autarcie juridique s'est ainsi subtilement aménagée au fil du temps au sein des institutions asilaire et pénitentiaire. Non exorbitante du droit commun à l'origine, elle s'est progressivement aménagée comme telle à mesure que le droit administratif commun évoluait et prenait en compte, pour sa part, les droits des individus et intégrait des mécanismes de contrôle en conséquence.

Parachevant une autarcie juridique déjà exemplaire dans sa pureté, les contrôles concernant la vie de l'institution et opérés à son encontre brillent par leur inconsistance pratique et leur peu d'effectivité .

C · INCONSISTANCE ET FAUX-SEMBLANTS DES CONTROLES SUR LES DEUX INSTITUTIONS

Ce sont les contrôles externes dont l'inexistence reste la plus probante sur ce plan. Eux seuls permettraient en effet de poser un regard indépendant et non-vicié par les coutumes et la manière de penser propres aux milieux pénitentiaire d'un côté, psychiatrique de l'autre. Un regard ayant pour référence les standards administratifs et ceux de la vie dans le siècle, un regard délié de toute pression hiérarchique ou politique. Or non seulement ces contrôles extérieurs ne sont, toujours pas organisés par un quelconque texte dans l'une ou l'autre des deux institutions, mais en outre, les éventuels personnes ou organismes extérieurs au monde carcéral ou psychiatrique qui auraient pu en jouer le rôle – on pense ici principalement aux familles et aux relations sociales proches des enfermés –, pénètrent de manière trop rare dans ces établissements, et dans des conditions empêchant un constat libre de la situation : ils

franchissent les murs de l'institution pour une raison précise et dans un cadre balisé par l'administration (y compris au plan matériel, seul l'accès à quelques lieux déterminés par l'administration leur étant autorisé) de même que les nouvelles et informations transmises à l'extérieur par les enfermés sont passées au crible de la censure avant de pouvoir sortir hors les murs. A côté de ces contrôles externes rendus difficiles et inefficaces (1) a été tentée l'organisation de contrôles administratifs et judiciaires également indépendants, là encore peu convaincante (2). Seule la mise en place de contrôles internes aux deux institutions s'est avérée plus probante, quoique laborieuse (3).

§ 1. L'impossible contrôle externe informel

A l'asile, où la pratique de l'isolement thérapeutique amène fréquemment à interdire les visites, l'envoi régulier d'une lettre par le malade permet de rassurer la famille, lettre qu'il n'est pas rare de voir dicter par un membre du personnel à l'aliéné. Pas de véritable contrôle *de visu*, donc, pas de fiabilité dans les témoignages écrits, sans compter que toute dénonciation risque de donner lieu à mesure de rétorsion envers l'enfermé lui-même ou de mettre fin, par la volonté unilatérale de la direction de l'établissement, aux relations du dénonciateur libre avec l'enfermé. Une crainte suffisamment dissuasive pour annihiler toute velléité d'activation de ce contrôle externe indirect.

Au niveau de l'institution pénitentiaire, d'autres entités se voient reconnaître le droit de franchir les portes carcérales : ce sont l'instituteur, l'aumônier et le contremaître, chacun devenant indispensable dans la conception d'une peine rédemptrice visant à reconduire le détenu sur le droit chemin. Une volonté de renforcement de la présence de ces personnes extérieures à l'administration pénitentiaire au sein de la prison est même émise par la Commission d'HAUSSONVILLE²³⁹. Dans un contexte de réflexion sur l'instauration du système cellulaire, la commission souhaite en effet pallier les risques collatéraux à une trop grande solitude. Là encore, on peut lire dans cette démarche l'instauration involontaire, par ricochet, d'un contrôle externe sur les établissements pénitentiaires. Cependant, ce personnel doit être considéré comme du personnel rattaché à la prison, choisi et nommé par l'administration pénitentiaire ; une pression suffisante pour rendre chimérique cette nouvelle potentialité de contrôle.

En matière de conditions de vie, les contrôles externes et indépendants, même *de facto*, sont donc inconnus des deux institutions totales. Reste le cas particulier de la Société générale des prisons, née d'une volonté de mobilisation de l'opinion publique sur la question pénitentiaire. L'objectif est de faire de cette société le bras exécutif du tout nouveau Conseil supérieur des prisons, planchant sur la mise à exécution de la loi de 1875. Là en effet est la raison d'être ultime de cette nouvelle instance, que ses fondateurs veulent être un véritable *lobby* pénitentiaire, doté d'un vecteur de diffusion de ses idées : la *Revue pénitentiaire*. Son programme rappelle, entre autres, les insuffisances du régime pénitentiaire aux points de vue répressif et moralisateur et l'accroissement continu de la récidive. Outil de pression pour l'application du texte de 1875, on peut voir cette instance comme un organe de contrôle de l'activité administrative pénitentiaire, ses membres n'hésitant pas à dénoncer certaines pratiques de l'administration telles que l'encellulement à plusieurs et autres mal-applications. Les statuts de cette Société sont approuvés par arrêté préfectoral du 22 mai 1877. Mais quelle que soit l'importance de l'activité de cette Société sur le plan conceptuel et en tant que « laboratoire d'idées » à propos du régime pénitentiaire français jusqu'à nos jours, l'absence de changements consécutifs à ses dénonciations est significatif de la neutralisation de son action qui est opérée en dernier ressort.

Cette lacune significative qu'est l'inexistence d'un organe véritablement efficace de contrôle n'annonce pas pour autant une disparition de tous contrôles concernant les conditions

²³⁹ Commission parlementaire mise en place en mars 1872 par l'Assemblée sur proposition du vicomte d'HAUSSONVILLE en vue d'étudier l'état des établissements pénitentiaires français et de proposer à l'Assemblée des mesures propres à les améliorer. Ses travaux déboucheront sur la loi du 5 juin 1875.

de vie et la gestion dans les deux institutions, quoique ces derniers demeurent d'une efficacité toute relative.

§ 2. Les inopérants contrôles externes administratifs ou judiciaires

Les commissions de surveillance des prisons, présidées par le préfet, sont toujours d'actualité, dans les textes du moins. En pratique, une enquête officielle de 1837 montre que maires et préfets se désintéressent de la question des prisons départementales, et que ces commissions ont disparu du paysage institutionnel dans un certain nombre d'établissements pénitentiaires. Dans certains arrondissements, elles n'ont même jamais été créées. De manière générale, de toute façon, elles ne sont plus réunies et tombent dans l'oubli. Dans le contexte de manque de gardiens connu alors, elles seules, pourtant, auraient pu garantir la mise à exécution des règlements, prévenir les abus et développer les ateliers. Sous le Second Empire, leur influence, considérablement réduite, est battue en brèche par une administration pénitentiaire qui monte en puissance. La commission parlementaire constate finalement, en 1873, qu'elles n'ont plus de réalité que sur le papier. C'est CLEMENCEAU, alors ministre de l'Intérieur, qui ressuscite ces commissions en juillet 1907. À côté des magistrats et des quelques personnalités entourant le préfet ou son représentant, CLEMENCEAU les ouvre aux femmes, qu'il estime douées de dons en matière d'œuvres de bienfaisance et d'action de moralisation. Il souhaite que ces commissions assurent un contrôle permanent sur tout ce qui a rapport avec la sécurité, l'hygiène et plus généralement l'état matériel des locaux pénitentiaires. Vocation dans la continuité de ses anciennes attributions, mais plus ciblée. Coup d'épée dans l'eau si l'on en croit un rapport de l'inspection générale des services pénitentiaires daté de 1911 qui souligne l'« *apathie* » de ces commissions selon les termes de Robert BADINTER²⁴⁰.

Un système, proche, de commissions de surveillance des hôpitaux psychiatriques, est instauré dans chaque établissement asilaire public, par l'Ordonnance du 18 décembre 1839. Composées de cinq membres nommés par le préfet pour un mandat de cinq ans, elles ont pour mission « *la surveillance générale de toutes les parties du service des établissements* »²⁴¹ ainsi que de donner un avis sur le régime intérieur de l'asile, tous ses actes financiers et l'administration de ses biens, etc. Ce sont ces mêmes commissions que la loi de 1838 investit du rôle d'administrateur provisoire des aliénés internés non-interdits²⁴². Des commissions de même type sont également créées au sein des asiles privés « *faisant fonction d'asiles publics* »^{243 244}, à la nuance près qu'elles sont dispensées de tout avis sur la vie financière ou d'administration des biens et n'ont pas de charge d'administrateur provisoire. Ainsi, dans le cadre des asiles privés ayant passé contrat, elles restent des entités complètement indépendantes de l'établissement. Dans la même optique, ni le directeur ni le médecin en chef du service médical de l'établissement ne peuvent assister à leurs séances mensuelles, contrairement à la règle des asiles publics où ces deux personnalités prépondérantes de l'établissement assistent, avec voix consultatives, aux séances et ne sortent que pour les délibérations sur les comptes et « [...] *les rapports [que la commission] pourrait avoir à adresser au préfet.* »²⁴⁵

Le contrôle judiciaire n'a pas non plus disparu si l'on en croit les textes. Ceci dit, il ne porte, quant à lui, que sur les prisonniers, les magistrats ne pouvant pas s'intéresser aux infrastructures et à ces domaines relevant strictement de l'administration.

²⁴⁰ R. BADINTER, *La prison républicaine*, Paris, Fayard, 1992, p. 334.

²⁴¹ Article 4 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839.

²⁴² Article 31 de la loi du 30 juin 1838.

²⁴³ Dans le cadre du contrat que les départements peuvent éventuellement nouer, au terme de l'article 1er de la loi du 30 juin 1838, avec un établissement privé lorsqu'eux-mêmes ne disposent pas des infrastructures nécessaires à l'accueil inconditionnel des aliénés de leur territoire.

²⁴⁴ Cf. la circulaire du ministre de l'Intérieur du 15 janvier 1860, « portant institution de commission de surveillance auprès des asiles privés fonction d'asiles publics », *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., p. 242.

²⁴⁵ Article 5 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839.

Le préfet garde également une compétence de contrôle administratif d'ordre général sur les établissements pénitentiaires, même après 1911, date du passage de l'Administration pénitentiaire de la tutelle du ministère de l'Intérieur à celle du ministère de la Justice. Il est vrai que ce représentant de l'Etat dans les départements possède la garantie de la sécurité publique parmi ses attributions fonctionnelles. Il doit donc être prévenu de tout incident grave touchant à l'ordre, la sécurité ou la discipline au sein des établissements pénitentiaires.

Une nouvelle instance, par contre, voit le jour avec l'article 9 de la loi du 5 juin 1875, flanqué du décret du 3 novembre 1875 : le Conseil Supérieur des prisons. Ce conseil, composé notamment de membres de droit choisis en raison de leurs fonctions (les plus hauts magistrats, le préfet de police, les directeurs des administrations concernées par la question pénitentiaire, le président de l'Académie de Médecine etc.) et de personnes nommées par le ministre de l'Intérieur parmi les spécialistes de la question pénitentiaire, doit être consulté pour tous les programmes de construction et d'aménagement des prisons départementales, sur le montant des subventions à accorder aux départements et sur les règlements pris pour l'application du régime cellulaire. Compte-rendu doit être fait chaque année à ce Conseil de l'application de la loi du 5 juin 1875 et parallèlement, tous ses membres possèdent un droit de visite de tous les établissements pénitentiaires.

Au final, le bilan de ces contrôles externes est piètre : soit ils sont rendus inopérants par des forces extérieures, soit, *summum* de la perversité, c'est de l'intérieur, de l'instance chargée du contrôle elle-même que vient le travail de sape. Un renfort leur est apporté par la mise en place de contrôles et inspections internes à l'administration.

§ 3. Une perversion du système : les contrôles et inspections internes aux mains de l'institution

Concernant les organes de contrôle purement internes, les inspections générales, dont la mission première reste cette activité de surveillance de l'administration, connaissent leur véritable essor à partir de 1830. C'est d'ailleurs en 1836 qu'est créée l'Inspection spéciale du service des aliénés, confiée à Guillaume FERRUS. Par la suite, il est intéressant de relever que le décret du 25 novembre 1848, qui instaure l'Inspection Générale des Services Administratifs (IGSA), rassemble les inspecteurs généraux des prisons (branche de l'Inspection Générale des services pénitentiaires), des établissements de bienfaisance et accueillant des aliénés au sein d'un seul service, jouant ainsi à la fois la carte de l'unité et de la spécialisation²⁴⁶. Concrètement, l'IGSA est divisée en trois sections. On considère donc toujours une certaine similitude entre ces deux types d'établissements retenant contre leur gré des personnes – et d'ailleurs, les sections continuent à se réunir en Conseil général des sections, mensuellement –, mais tout en reconnaissant une nécessité d'affiner le contrôle en fonction des objectifs propres aux deux institutions. C'est cependant l'action concernant les établissements carcéraux qui reste la mieux connue.

Ce développement de cet organe de contrôle est intéressant par son ambiguïté : il marque la volonté de fixer une politique publique d'ensemble, en matière pénitentiaire notamment, et de ne pas laisser les administrations locales trop libres dans leur prise de décisions quant à la mise en application de cette politique. L'inspection générale des prisons a trois missions : établir ses observations suite à ses visites d'établissements, donner son avis sur les projets de construction lors de la rédaction du cahier des charges des entrepreneurs généraux et à propos des règles de discipline internes à chaque établissement, et enfin, dans le cadre de réunion en assemblée générale de toutes les sections, donner leur avis sur des projets de lois ou de règlements d'administration générale proposés par le ministre. L'inspection sera donc également là pour

²⁴⁶ L'idée est en effet de ne plus posséder que deux grands services d'inspections pour contrôler tous les services administratifs : d'un côté l'IGSA, de l'autre l'Inspection générale des finances.

surveiller les agissements des entrepreneurs généraux et doit *a priori*, conjointement avec le préfet, veiller à la bonne exécution des contrats d'entreprise générale.

Mais cette force de contrôle interne permet aussi à l'administration de développer son pouvoir et son totalitarisme institutionnel dans la mesure où elle se dédouane de tout contrôle extérieur par l'existence de ce regard qu'elle considère comme une garantie de l'absence d'abus de la part de son personnel. Les inspecteurs sont censés être intègres et, restant hors de la gestion quotidienne des établissements, poser un oeil dogmatique sur les arrangements pragmatiques amiables et les petites compromissions de l'administration active, veillant ainsi à redresser les incartades de cette dernière. Et il est certain que les inspecteurs généraux ont travaillé avec constance à mettre un terme aux abus les plus graves perpétrés dans les établissements pénitentiaires, à humaniser ces lieux de détention et à tenter d'uniformiser davantage leur régime. Ils obtiennent quelques satisfactions comme la mise en place des voitures cellulaires pour les déplacements des détenus, la suppression de la chaîne des forçats ou la mise en place effective des sociétés de patronage pour les libérés. A partir de 1848 notamment, les entrepreneurs généraux commencent à vraiment craindre cet oeil moralisateur de l'administration.

Cependant, l'utilité des visites d'inspection des établissements pénitentiaires est fréquemment contestée. Quoi de plus simple, en effet, que d'améliorer momentanément les conditions d'entretien des détenus, notamment la nourriture, et de réduire les détenus au silence par des pressions exercées sur eux ? Difficile ensuite pour l'inspecteur de faire la part entre la réalité quotidienne des conditions de vie et la part d'aménagement pour l'occasion que représente l'inspection. En outre, les réalisations concédées par l'administration pénitentiaire restent faibles par rapport au nombre de propositions de réformes ou d'action soumises par l'inspection générale au ministre. Ici apparaît clairement la faiblesse de ce corps de contrôle au sens large, c'est-à-dire en tant que force de proposition de réforme à partir des conclusions tirées de ses inspections : il propose et l'administration dispose. Aucune force coercitive à l'encontre de la toute-puissance de l'administration active ne lui est octroyée.

Voilà donc un organe de contrôle qui s'avère en réalité davantage un instrument dans les mains d'une administration en plein essor. Un contrôle digne d'une institution totalitaire puisque endogène à l'administration pénitentiaire...et pourtant déjà tellement externe pour une institution ayant la volonté de s'établir en microcosmes complètement indépendants et libres de leurs décisions.

Cette endogénie est accentuée par la réforme de l'IGSA de 1883 qui consiste à rattacher chacune des sections de ce service général d'inspection à la direction administrative dont elle contrôle les services, les plaçant ainsi sous l'autorité directe de chacune de ces administrations et favorisant ainsi corollairement une perte d'autonomie de l'Inspection. Le ministre de l'Intérieur de l'époque, WALDECK-ROUSSEAU, recherche en effet l'unité d'action de ses administrations, au détriment de l'indépendance des inspecteurs. Cette vision de l'organisation administrative est fortement critiquée par les Parlementaires qui estiment qu'un contrôle ne peut s'avérer efficace que s'il est indépendant. Le ministre revient donc sur sa position dès 1891, voulant désormais faire de l'IGSA un organe indépendant ne répondant qu'à sa seule autorité de ministre : une nouvelle réforme consacre l'autonomie de principe de l'IGSA par rapport à toutes les directions comprises dans le ministère de l'Intérieur par un rattachement direct de cette inspection au ministre et par une fusion de toutes les sections de l'inspection en un seul grand corps en 1901²⁴⁷. L'IGSA devient ainsi un organe à vocation déssectorialisé par rapport aux différentes directions administratives et donc aux différentes spécialités concernées par ses contrôles. Concrètement, un rapprochement entre établissements recevant des aliénés et prisons est de nouveau consommé par ce biais. En outre, nouvelle marque d'une indépendance montante de cette inspection par rapport aux administrations contrôlées : les inspecteurs, jusqu'ici nommés *intuitu personae*, de manière largement discrétionnaire par le ministre, sont recrutés à partir de 1907 sur concours.

²⁴⁷ Décrets des 24 et 25 février 1901 accompagnés d'un arrêté du 1er mars 1901.

La même année, dans la même vague de réforme que pour les commissions de surveillance, CLEMENCEAU réorganise l'IGSA, qui devient alors un véritable organe d'inspection de l'Administration, étendant son champ d'action à tous les services orchestrés par le ministère de l'Intérieur. Son indépendance par rapport aux différentes directions administratives est encore affirmée. Redéfinissant elle-même ses missions, elle se pose comme principes notables celui du contrôle de la régularité administrative et financière des administrations visitées mais également un contrôle d'opportunité des mesures adoptées. Aucun changement d'attitude de l'administration pénitentiaire n'est cependant à signaler suite à cette réforme organisationnelle. L'inspection a peut-être gagné en indépendance, mais elle n'en a pas plus d'impact sur la politique pénitentiaire menée. Immobilisme de l'institution carcérale et enchaînement de contrôles de routine constituent le bilan de l'activité et de l'impact de l'inspection générale sur l'administration pénitentiaire. En réalité, l'Etat se désintéresse de la branche pénitentiaire de son service d'inspection générale des services administratifs, pour se tourner davantage vers la branche sociale à partir de 1901.

Jusqu'à la réorganisation de 1907, l'IGSA opère ses contrôles selon quatre modalités, fixées à partir de la réforme de 1901. Seules deux nous intéressent ici²⁴⁸ : en premier lieu, la « tournée », forme principale et permanente de contrôle, s'opère *via* des visites d'établissements. A partir de 1910, elle partage son travail dans ce cadre en deux programmes, ajoutant à son « programme annuel » de visites d'établissements un programme dit « spécial » constitué de thèmes²⁴⁹ qui vont concentrer l'attention des inspecteurs lors des visites d'établissements menées dans ce second cadre. Un bilan général de ces tournées, constitué des observations mises par les inspecteurs et des avis du corps sur les mesures judicieuses à prendre par le législateur ou l'administration centrale, est établi annuellement. Les rapports d'ensemble, bilan des tournées individuelles thématiques de chaque inspecteur et des discussions collégiales de clôture de ces visites, sont transmis aux milieux concernés et publiés, intégralement ou par extraits, au Journal Officiel. Une certaine transparence administrative s'instaure donc progressivement en ce début de XXe siècle : elle est cependant encore relative. En second lieu, l'IGSA peut opérer par l'intermédiaire de « missions », modalité occasionnelle de contrôle, enclenchée consécutivement à un problème qui appelle une enquête sur place à bref délai. Dans ce cadre, l'inspecteur intervient en tant que représentant direct du ministre.

L'IGSA reste le service d'inspection pour l'administration pénitentiaire même après le transfert de tutelle de cette administration du Ministère de l'Intérieur à celui de la Justice, et ce jusqu'en 1936-1937.

Le bilan des contrôles portés sur les institutions totales ici étudiées apparaît révélateur d'un système au fonctionnement autarcique abouti à la fin de la période considérée, soit juste avant la Seconde guerre mondiale. Les contrôles les mieux suivis s'avèrent ceux internes : l'institution est contrôlée, certes, mais par elle-même. Une manifestation significative du caractère également peu démocratique de ces institutions qui tiennent à conserver leur autonomie d'action par rapport à la Nation souveraine et à la société qui leur a pourtant dévolue leur mission originelle et leur raison d'être.

L'autarcie juridique dont jouissent les deux institutions totales ici étudiées culmine donc à un degré de complétude hors du commun, cumulant création de la norme et complète latitude dans sa mise en application, déliées qu'elles sont, pour parfaire le tableau, de tout contrôle, y compris juridictionnel, que cette liberté supplémentaire soit de droit – du fait de la nature juridique des mesures et décisions prises – ou de fait, par impossibilité matérielle ou intellectuelle des requérants ou des contrôleurs potentiels.

²⁴⁸ Les deux autres sont la consultation, attribution collective du comité des inspecteurs généraux qui lui fait endosser un rôle de conseil juridique du ministre sur toute question, et la représentation, fonction individuelle cette fois qui amène chaque inspecteur à pouvoir représenter le ministre de l'intérieur ou le Garde des Sceaux dans toute sorte d'instance, comités, conseils, commissions internes au ministère ou interministérielles et même jurys d'examen.

²⁴⁹ Par exemple « le travail en prison ». Cela peut également amener à focaliser son attention sur un type précis d'établissement, par exemple « les maisons centrales ».

L'autarcie matérielle, moins spectaculaire car moins pure dans sa mise en oeuvre, s'avère néanmoins profondément ancrée dans le modèle.

II. L'AUTARCIE MATERIELLE : UN SYSTEME AU FONCTIONNEMENT CLOS ET SANS CONTACT AVEC L'EXTERIEUR

Pour les réformateurs de l'Assemblée Constituante, le travail (A) et l'isolement (B) étaient les deux piliers du nouveau système pénal et carcéral à construire. A défaut de s'avérer effectivement au fondement du système pénitentiaire refondé, ce « couple infernal » va en tout cas fortement influencer les différentes réformes qui vont être opérées au cours du siècle. Isolement et travail tels que conçus par les entrepreneurs généraux sont en effet, à première vue, antinomiques. Faisant figures d'enjeux de la question pénitentiaire, ces deux idées vont généralement cristalliser les débats dans ce cadre tout au long du XIXe et au début du XXe. Tout l'art des juristes de ce siècle sera de concilier ces deux impératifs en une même proposition ou de justifier le choix de l'un sur l'autre...mais toujours dans l'idée d'arriver au meilleur système carcéral possible.

La question ne laisse pas en repos non plus l'institution asilaire. Cependant, l'adoption d'une politique est plus discrète car considérée comme du domaine des décisions médicales ; ni l'opinion publique ni les pouvoirs publics ne s'emparent donc du débat, qui n'atteint ainsi pas l'ampleur de celui carcéral. La manière dont vont être exploités ces deux objectifs s'avère cependant, quelle que soit l'institution concernée, les fondations de la mise en place d'une autarcie matérielle en son sein.

A · LA QUESTION DU TRAVAIL

La question du travail en prison est abordée assez tôt sous l'angle de l'enjeu économique, de la rentabilité voire du profit, ce qui amène des exigences d'objectifs extrêmement difficiles à réaliser pour cette institution (1), au contraire de l'hôpital psychiatrique, qui n'aborde cette question qu'*a minima*, cherchant l'autarcie sans autre ambition (2). Sans compter que ce premier niveau d'enjeu se double d'un second, moralo-punitif, pour l'institution pénitentiaire dans l'obligation de travail et le degré de contrainte imposé au détenu, niveau qui n'existe pas dans un tel paroxysme au sein de l'institution psychiatrique où il n'acquiert jamais valeur de punition mais reste rééducatif et thérapeutique.

§ 1. Le travail en prison : une autarcie absolue impossible

Comme on a pu l'évoquer dans le chapitre précédent, au sein de la prison, l'alliance des entrepreneurs généraux et des pouvoirs publics a permis l'avènement d'une institution repliée sur elle-même. En la coupant de la vie extérieure et en lui donnant les moyens de vivre en auto-subsistance, les deux forces décisionnelles qui régissent l'institution carcérale s'ouvrent en contrepartie une latitude sans borne pour en organiser le fonctionnement interne : l'absolutisme, et éventuellement l'arbitraire, n'en sont pas étrangers. Ainsi, le travail en prison, élément originel et dirimant du contrat d'entreprise générale, est à la fois une condition incontournable du caractère autarcique de l'institution et prend lui-même un caractère singulier du fait de ce fonctionnement autarcique autorisé.

Le système de l'entreprise générale continue de fonctionner sur sa lancée jusqu'en 1848 : c'est donc l'entrepreneur qui, en échange de ce travail, se charge de nourrir les prisonniers et de veiller à leur entretien quotidien. Si les vivres ne sont pas produits sur place, par les prisonniers eux-mêmes, le résultat de repli de l'institution sur elle-même est identique : cette fourniture n'implique pas réellement l'entrée d'un acteur-tiers dans la gestion de la prison, en tout cas pas

d'un contrôleur ou d'un dénonciateur potentiel de la vie carcérale. En cas de sous-traitance de cette fourniture par l'entrepreneur, pratique autorisée jusqu'au Second Empire²⁵⁰, ce sont en effet des « obligés » économiques de l'entrepreneur qui fournissent l'établissement pénitentiaire sous contrat ; en outre, il n'est pas rares qu'ils soient les auteurs eux-mêmes de fraudes ou autres indécadences au détriment des prisonniers²⁵¹.

Dans ce cadre, le fonctionnement de l'institution carcérale en vase clos se vérifie à moult niveaux : au plan financier par exemple, le cynisme du système de la cantine ramène dans les caisses de l'entrepreneur, qui tient également cette dernière, le salaire qu'il vient de distribuer, dominicalement, aux détenus. Au plan du développement industriel, les progrès dans le machinisme tardent toujours à entrer en prison. L'entrepreneur s'appuie en effet sur des paramètres très différents de ceux connus à l'extérieur pour juger de la nécessité de moderniser ses industries carcérales : en prison, il est à la tête d'une armée importante de bras à rentabiliser. Contrairement à l'extérieur, il ne peut pas licencier ses travailleurs et au contraire, devra des indemnités de chômage à ceux auxquels il ne pourra fournir de travail. Il a donc tout intérêt à rester sur des modes de production mécaniques parfois arriérés²⁵². Cette absence de modernisation lui permet en outre d'effectuer des économies d'investissement non négligeables. Mais cela dévie l'institution carcérale de son projet d'apprentissage d'un métier exploitable à l'extérieur par le détenu. De plus, une fois que l'industrialisation et ses corollaires théoriques de division du travail ont pénétré la prison, la parcellisation à outrance de la production amène les détenus à n'acquérir qu'un savoir-faire extrêmement limité, une micro-tâche non-autonome du reste du processus de production. Ce phénomène s'accroît avec la progression de l'industrialisation au cours du XIXe siècle et en 1875, cette parcellisation est généralisée à toutes les maisons centrales. Il paraît difficile de retrouver un emploi dans la niche correspondante à la sortie de prison. L'idée d'une formation professionnelle en prison est donc illusoire voire hypocrite²⁵³.

Mais il est inattendu de s'apercevoir que ce fonctionnement autarcique aurait parfois tendance, au moins dans la théorie, à jouer en faveur du détenu : ainsi, dans le contexte où l'« homme fort » de la prison est l'entrepreneur général, l'alignement de la durée du travail des détenus sur celle des ouvriers libres, qui implique un allongement de la journée de labeur des premiers, n'est pas foncièrement recherchée par l'industriel. En effet, cette modification l'obligerait à fournir éclairage pour les veillées et chauffage des ateliers durant ces heures supplémentaires. Or ces bougies, huile et bois supplémentaires lui reviennent plus cher que le rendement des prisonniers sur ces deux à trois heures supplémentaires, exténués qu'ils sont déjà après leurs dix heures réglementaires de base, sans compter qu'ils ne seront plus aussi productifs

²⁵⁰ Il existe en effet deux types de sous-traitance : celle « partielle » ne concède au fabricant sous-traitant que la force de travail des détenus, en contrepartie d'une prime fixe versée à l'entrepreneur par jour de travail; celle « totale » permet au sous-traitant de se substituer à l'entrepreneur pour tous les domaines de son contrat d'entreprise générale, lui rétrocédant en contrepartie la part de produit qui ne revient pas aux détenus. Sous le Second Empire, alors que la sous-traitance est interdite en matière de fournitures aux prisonniers, elle est par contre encouragée sur le plan du travail car elle permet une diversification des tâches offertes aux détenus. En matière de concurrence, cela évite que quelques secteurs économiques soient sinistrés par l'existence d'un trop grand nombre d'industries carcérales sur un même domaine, ce qui annihilerait toutes les industries libres. En effet, en disséminant ces manufactures pénitentiaires sur divers champs économiques, le marché reste suffisamment important pour résorber la production trop bon marché de ces dernières tout en laissant encore de la place aux industries libres pour écouler leurs propres marchandises.

²⁵¹ Le scandale de Clairvaux est un exemple flagrant de ces spéculations sans scrupules de la part des sous-traitants. Ce sont bien, à l'origine, les sous-traitants qui fournissaient de la nourriture avariée voire empoisonnée, ce qui a mené à la mort plus d'une centaine de détenus. (Cf. détail de l'affaire de Clairvaux *infra*, note 1736, p. 383)

²⁵² Telle l'utilisation du rouet jusqu'en 1834 par les Hommes de la centrale de Fontevault.

²⁵³ Situation du prisonnier que d'HAUSSONVILLE résume tragiquement en ces termes : « [...] Le détenu qui est entré paresseux et malhabile en sort-il ayant acquis des connaissances professionnelles qui pourront lui servir de gagne-pain ? ou bien, au contraire, a-t-il été employé comme un rouage infime dans un engrenage puissant dont une fois sorti il ne sera plus qu'une pièce inerte et inutile ? [...] le détenu est-il un apprenti qu'on façonne ou une machine qu'on emploie ? Nous voudrions pouvoir répondre affirmativement dans le premier sens. Malheureusement, il n'en est rien [...] » (G.-P.-O. d' HAUSSONVILLE, Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies, Paris, Michel-Lévy Frères, 1875, p. 258)

le lendemain matin²⁵⁴.

S'il est admis que le fonctionnement de l'institution est autarcique dans le cadre des contrats d'entreprise générale, ce statut est d'autant plus affirmé lorsque le travail des détenus s'opère dans le cadre de la régie, surtout de la régie directe²⁵⁵. Cette dernière modalité de gestion du travail, implique que l'administration pénitentiaire se charge de toute la vie du détenu et du fonctionnement de l'établissement : autant de l'entretien quotidien du prisonnier, donc, que de l'organisation du travail carcéral, dont elle recueille par suite tous les profits avant de les redistribuer en partie aux détenus.

Ce fonctionnement autarcique est accentué avec la loi du 9 janvier 1849, qui concerne le travail dans toutes les prisons, autant départementales que maisons centrales. Ce texte impose en effet que le produit du travail des détenus soit « *autant que possible* » consommé par l'Etat et ne soit pas distribué sur le marché libre, afin de ne pas fausser la libre concurrence. L'exploitation des détenus hors de toute règle de droit du travail, permettait en effet jusqu'ici aux entrepreneurs généraux d'envahir le marché de produits à bas prix, menant ainsi à la ruine un certain nombre d'industries libres. Aidés par les indemnités étatiques et sans scrupules sur les fraudes, ils pouvaient en effet allier la forte production quantitative au faible coût de production de la marchandise et se permettre ainsi de casser les prix. La loi de 1849, outre qu'elle met fin au système de l'entreprise générale en lui préférant celui de la régie²⁵⁶, éradiquant ainsi toute spéculation destructrice du marché de libre concurrence, tente donc d'aller plus loin en organisant une économie parallèle à ce marché, réservée à la production carcérale. Elle n'adopte pourtant pas la proposition radicale d'une étanchéité absolue entre le marché libre et celui interne à l'Etat, garantissant ainsi, le cas échéant, une viabilité minimale à celui des prisons. Cet accès au marché libre est cependant restreint et contrôlé : il doit être autorisé par le Tribunal de Commerce du lieu²⁵⁷.

Les difficultés d'application de cette loi de 1849 montrent les limites du fonctionnement autarcique de l'institution carcérale sur le plan du travail. Hors du marché libre commun, point de salut. Les ministères qui devaient servir de débouchés à la production carcérale en s'appuyant sur elle pour s'approvisionner refusent de faire exécuter leurs commandes par les prisonniers. Faute de clientèle, faute également de personnel compétent pour gérer toutes les prisons en régie directe, l'administration pénitentiaire est contrainte de revenir, avec le second Empire, au système de l'entreprise générale.

Ce retour ne sera pas définitif, et c'est une gestion continuant éventuellement à faire participer le secteur privé, mais à une place de simple intervenant en prison – le système de la régie indirecte – qui est installée dans les maisons centrales à la fin du XIX^e siècle, un demi-siècle plus tard dans les prisons départementales. On reste alors dans ce système non absolument autarcique, la production des détenus étant écoulee par l'entreprise dans la société civile ou réutilisée dans une chaîne de production tournée vers ce débouché. Quelques établissements, néanmoins, sont dotés d'ateliers en régie directe, produisant cette fois directement pour l'Etat : confection d'uniformes, du droquet pénal ou des couvertures fournies aux détenus. Mais ces besoins en interne sont si minimes – moins de dix pour cent de la

²⁵⁴ C'est pourtant ce à quoi va être contraint l'entrepreneur par l'arrêté du 29 mai 1842, texte pris dans la continuité de celui du 10 mai 1839 durcissant le régime disciplinaire dans les centrales (arrêté rendant les veillées obligatoires entre le début du mois d'octobre et le début du mois de mars). Reste que dans les centrales, l'horaire journalier étant fixé par le préfet, les prisonniers travaillaient déjà, avant ce texte, à peu près autant que les ouvriers libres et connaissaient le travail à la veillée.

²⁵⁵ Modalité à laquelle, on l'a vu, est contrainte l'administration pénitentiaire en cas de vacance prolongée du poste d'entrepreneur général, ce qui fut le cas à partir de respectivement 1842, 1845 et 1846 dans les maisons centrales de Melun, Gaillon et Fontevault.

²⁵⁶ Elle prévoit cependant de laisser courir les contrats passés antérieurement avec les entrepreneurs généraux jusqu'à leur terme.

²⁵⁷ Reste à noter que cette loi de 1849 ne vise que les maisons centrales et les prisons départementales de la Seine. Ceci dit, elle recouvre ainsi la grande majorité des établissements pénitentiaires dotés d'ateliers et sans doute tous ceux susceptibles de causer des distorsions dans le mécanisme de libre concurrence.

population pénale travailleuse est concernée²⁵⁸ – qu'ils ne suffisent pas à occuper tous les détenus des établissements concernés et qu'un complément d'activité doit être assuré par le recours à l'entreprise privée « confectionnaire »²⁵⁹. Par ce biais, quel que soit le sens qu'on mette dans le travail des détenus, éthique et labeur peuvent se concilier. La société ne marque-t-elle pas, par là, son rejet de l'exploitation de l'individu détenu, se rappelant ainsi son humanité fondamentale ?

Une autre solution pour éviter les interactions entre industries libres et manufactures carcérales sur le marché de la libre concurrence est le développement des colonies agricoles. Orientant les prisonniers sur le travail de la terre et les travaux publics, ces expériences jouent ainsi la carte de l'autarcie au sein de l'administration étatique en général en faisant éventuellement travailler les détenus pour le compte de l'intérêt général. S'appuyant sur le mythe du retour à la terre comme source de moralisation de l'Homme, elles permettent en outre d'occuper une main-d'oeuvre devenue trop abondante par rapport aux places disponibles dans les manufactures carcérales et connaissent par conséquent un certain succès entre 1850 et 1860.

Sur le plan du travail, les prisons sont donc des entités qui s'inscrivent nécessairement dans les réseaux économiques, ne pouvant vivre sur une économie parallèle factice, surtout dans la mesure où la volonté gouvernementale exige que l'entretien des prisons se rapproche, autant que possible de « l'opération blanche ». Etant donné leur coût de fonctionnement, ce souhait, d'ailleurs irréaliste, impose une entrée en masse sur le libre marché de la concurrence afin de trouver des voies d'écoulement externes à l'administration²⁶⁰. Il est important de remarquer, par ailleurs, l'antinomie essentielle qui apparaît entre fonctionnement autarcique de l'institution carcérale et volonté de réadaptation du détenu à la société : il est viscéralement impossible de faire entrer ces deux éléments en résonance, ce qui mène inexorablement à l'échec de l'objectif humaniste de réinsertion. La situation apparaît moins problématique dans les asiles psychiatriques où elle ne cristallise pas les mêmes enjeux.

§ 2. Le travail des aliénés internés, une autarcie réussie au prix d'une exploitation de l'individu ?

Le modèle du travail devenant le point névralgique d'une organisation auto-suffisante se retrouve de manière plus directe, plus évidente, dans l'institution asilaire du XIXe siècle...mais en y connaissant une couverture moins uniforme que ce qui existe, pour son modèle propre, dans l'institution carcérale. En effet, il semble que l'instauration du travail dans les asiles dépende fortement de la volonté du médecin à la tête de l'établissement, des moyens que lui octroie la commission administrative pour mener à bien ses projets, et du contexte local.

En réalité, les avis divergent sur la généralisation de la mise au travail des aliénés au cours du XIXe siècle. Ainsi, pour Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, cette volonté de mise

²⁵⁸ En 1899, sur 6230 détenus travailleurs des maisons centrales, 575 oeuvrent sous le régime de la régie directe (chiffres fournis par le Bulletin de la Société générale des prisons de 1899, p. 210, cités par M. SEYLER, « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. La fin du système de l'entreprise générale sous la IIIe République », *Déviance et société*, 1989, vol. 13, n°2, p.139).

²⁵⁹ Les confectionnaires sont des industriels auxquels l'Etat met à disposition un local et un effectif de main d'oeuvre détenue dans des conditions clairement déterminées. Notamment, l'entrepreneur n'a la possibilité « [...] ni [de] choisir les ouvriers qui lui conviennent le mieux, ni [de] refuser ceux qu'on lui attribue ; il ne peut ni les déplacer ni les punir. » « [...] [C]'est l'anti-entrepreneur. [...] » résume Monique SEYLER, car, dans le principe en tout cas « [...] et dans la réalité, lorsque le travail est abondant [...] », l'autorité sur le détenu reste à l'Etat, et le confectionnaire se cantonne à un terrain dûment circonscrit : celui du travail en prison. (cf. citation M. SEYLER, « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique », *op. cit.*, 1989, p. 137).

²⁶⁰ Cette impossibilité de fonctionnement autarcique absolu apparaît également par les répercussions qu'elle a sur les réseaux économiques communs : les prisons s'y inscrivent pleinement, généralement dans des contextes de contrats d'entreprise générale, dans la mesure où, selon l'activité qu'elles développent, elles s'insèrent dans des chaînes manufacturières, n'intervenant qu'à quelques étapes de la production d'un produit qui nécessite également l'intervention d'autres industries pour aboutir au produit fini. Elles s'avèrent donc de véritables moteurs économiques pour les régions où elles sont placées, n'étant néfastes que pour les industries positionnées sur les mêmes activités spécifiques qu'elles.. En outre, certains cantons ruraux reconnaissent un avantage à ce travail carcéral qui leur permet de s'approvisionner en biens de consommation courante au meilleur marché possible.

au travail des aliénés, d'essence d'abord thérapeutique, reste « [...] à l'état de voeu pieux, inlassablement réitéré, mais non moins constamment battu en brèche. »²⁶¹. Ils ne lisent dans toutes les expériences ou projets d'organisation d'ateliers, de fermes ou de colonies agricoles pour aliénés que des tentatives, mais rien de durable²⁶². Lecture qui paraît contredite par les relations d'expériences bien réelles et pérennes dans des asiles tels que Saint-Jacques à Nantes, Sainte-Anne à Paris, le Vinatier à Lyon, et plus généralement par un auteur comme Claude QUETEL qui parvient à établir un véritable emploi du temps d'une journée-type dans un asile du XIXe siècle, au coeur duquel le travail occupe une place majeure²⁶³.

Or il apparaît, dans toutes ces descriptions, que les aliénés sont rapidement employés à des tâches nécessaires au fonctionnement de l'établissement asilaire, ce qui amène ce dernier à un repli progressif sur lui-même. En effet, un asile comme l'hôpital nantais Saint-Jacques, créé en 1834, voit ses constructions terminées par des aliénés employés dans tous les corps de métiers du bâtiment. Opportunisme de la part des financeurs et gestionnaires de l'établissement ? Exploitation des aliénés ? Rien n'est moins sûr car l'inspiration vient d'abord du médecin en chef du lieu²⁶⁴. Et il s'agit pour lui, en premier lieu, d'obtenir un effet thérapeutique sur ses malades : ce qui l'intéresse d'abord est la réadaptation que va permettre l'emploi de ces aliénés dans des fonctions qui étaient parfois les leurs dans la société libre. Dans un second temps, il tient également à ce que les malades aient conscience de l'utilité directe de leur travail ; il ne s'agit pas d'une occupation factice. Rien d'autre, donc, dans cet objectif, que de faire travailler ces aliénés à leur propre profit et sur des projets sérieux, aux conséquences pérennes²⁶⁵.

Plus classiquement, les services généraux et logistiques, ouvrent leurs portes aux aliénés, qui les font ainsi incontestablement fonctionner en auto-gestion : buanderie, cuisine, jardinage, entretien des bâtiments et des locaux, et de plus en plus fréquemment, cultures maraîchères voire carrément agricoles. La création de fermes, à commencer par celle dite « Sainte-Anne » fondée en 1834 par FERRUS, médecin en chef de Bicêtre, semble séduire particulièrement les autorités médicales et gestionnaires de ces asiles. C'est dans cette ligne que s'amorce un mouvement en faveur de la constitution de colonies agricoles à partir de 1860, un paroxysme étant atteint dans ce cas, puisque l'institution est censée s'autosuffire, notamment sur la question vitale de la nourriture. Mais cette fois, derrière les discours thérapeutiques, c'est un désengorgement des asiles vers des colonies extérieures qui est recherché. Plus profondément, l'objectif est également d'alléger les budgets des départements sur le chapitre de l'assistance aux aliénés. L'autarcie commence à être recherchée et donc à ne plus être un simple effet secondaire de l'organisation thérapeutique de l'institution. Elle commence également à prendre une coloration politique.

Le doute sur la réalité de l'autarcie peut éventuellement venir de la capacité de travail de ces malades. Claude QUETEL estime que, malgré l'horaire lourd, de dix heures de travail journalier, un certain nombre de malades s'occupent plus qu'ils ne sont réellement productifs. Il reconnaît cependant l'activité effective d'un bon nombre d'autres. Etant donné par ailleurs les effectifs de plus en plus importants des asiles du XIXe et du début du XXe siècle, il n'est pas inconcevable que l'autarcie connue à l'hôpital Saint-Jacques de Nantes soit une réalité relativement commune au sein de l'institution asilaire.

Si l'on compte que les surveillants employés dans ces hôpitaux sont recrutés pour partie

²⁶¹ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain.*, op. cit., 1980, p. 192.

²⁶² Cf. *idem* pp. 193-194.

²⁶³ Cf. Cl. QUETEL, « La vie quotidienne d'un asile d'aliénés à la fin du XIXe siècle », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2002, pp. 327 et s.

²⁶⁴ Ceci dit, la qualité de médecin en elle-même n'assure pas une totale intégrité de ce point de vue. Ainsi, Scipion PINEL en 1836 (fils de Philippe) n'hésite pas à encourager à employer les malades mêmes les plus incurables, en tant que pure force de travail, plutôt que de les abandonner à l'inactivité. Discours rabaisant le fou incurable à l'état d'animal, extrêmement marginal par rapport à la position générale de la communauté aliéniste.

²⁶⁵ Dans le cas de l'hôpital Saint-Jacques, à Nantes, c'est également tout le réseau de voirie autour du nouvel asile et des travaux d'assainissement de terrain, qui ont visiblement permis d'aboutir à la topographie actuelle des lieux, qui sont effectués par des cohortes d'aliénés.

parmi les anciens aliénés convalescents ou rétablis²⁶⁶, il apparaît clairement que l'institution fonctionne dans un vase clos, produisant elle-même les réponses à ses besoins. Certes, l'autre partie de ces gardiens et les encadrants des diverses activités et ateliers sont, comme l'administration et le corps médical, pour leur part des salariés venant de l'extérieur et employés par l'institution, mais de véritables dynasties s'organisent dans ce milieu professionnel particulier, « [...] *le fils succédant au père* [...] », pour reprendre l'expression de Claude QUETEL, créant un esprit de corporation²⁶⁷. Sans doute travailler à l'asile n'est pas anodin et permet de lever certains tabous qui ne sont pas franchis, pour les choix professionnels, dans les autres familles.

Il semble, au final, que l'institution asilaire soit devenue une entité autarcique par ricochet, sans que cela ait été réellement prévu ni foncièrement recherché au départ. Elle s'afficherait donc comme une double réussite là où l'institution pénitentiaire se poserait en double échec. En effet, c'est par la mise en oeuvre effective du concept thérapeutique de travail – première réussite – qu'indirectement, l'institution asilaire parvient à se suffire à elle-même dans son fonctionnement, atteignant ainsi l'idéal d'une institution totale, entité qui se veut coupée au maximum du monde extérieur – second succès. L'institution carcérale, au contraire, a été voulue, dès la création des premières maisons centrales, comme une entité ne coûtant rien aux pouvoirs publics, objectif qu'elle ne parvient toujours pas à atteindre en cette fin de XIXe et début de XXe siècle – premier échec. Une institution qui, à la base, peine à mettre en oeuvre de manière généralisée son obligation de travail pour tous les condamnés et surtout, ne parvient pas à lui donner la dimension de réinsertion sociale qu'elle souhaitait – second échec. Mais surtout, une institution pénitentiaire qui, dans les faits, joue moins sur l'imaginaire construit autour de l'entité autarcique que son homologue asilaire : il n'est pas fait allusion, dans la littérature sur la prison au XIXe siècle, au mode de gestion des activités logistiques, celles touchant à l'entretien quotidien des détenus et des locaux. Rien n'affirme que la cuisine, la lessive et autres activités d'hôtellerie aient été assurées par des prisonniers, ces derniers semblant accaparés par le travail en atelier pour le compte de l'entrepreneur. Or c'est bien à cette auto-suffisance sur la vie quotidienne que renvoie d'abord l'idée théorique d'autarcie.

La situation n'est en réalité pas si tranchée ni si limpide que cela. En premier lieu, on oppose ici deux acceptions différentes du terme d'autarcie. Comme on l'a constaté, c'est uniquement dans le sens premier du terme, désignant l'auto-subsistance, que l'institution carcérale paraît moins représentative du concept que celle asilaire. Et encore cela doit-il être relativisé : en effet, si aucune information ne nous permet d'affirmer que les activités dites d'hôtellerie et de cuisine sont assurées par des prisonniers et peut, dès lors, nous laisser penser qu'elles sont sous-traitées, rien ne nous garantit davantage la justesse de cette position. En effet, de nos jours le « service général » permet de fournir du travail à bon nombre de détenus dans les établissements carcéraux français. Il n'est pas improbable que ce système ait déjà existé dans les prisons du XIXe siècle. Il est également évident que l'attention portée à l'entretien des prisonniers est bien moindre que celle apportée à l'entretien des malades dans les asiles, institution par essence sanitaire, au sein de laquelle le maintien de la propreté est même un des vecteurs du réapprentissage des aliénés à la vie sociale. Autant toute cette logistique sera développée et donnera matière à moult activités au sein des asiles, autant le thème est volontiers

²⁶⁶ Ainsi que cela est indiqué dans les ouvrages généraux (dès l'époque pinélienne dans l'ouvrage de Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p.208 ou encore, pour l'après loi de 1838, Cl. MEYERS, *Les lieux de la folie. D'hier à demain dans l'espace européen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « Des travaux et des jours », 2005, p. 92) comme constaté dans les monographies (cf. par exemple, SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DES HOPITAUX DE L'OUEST, *L'hôpital Saint-Jacques*, Montreuil-Bellay, éd. CMD, 1999, p. 43).

²⁶⁷ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 374. Bien sûr, au niveau des infirmiers, cette situation dynastique n'est pas univoque et s'installe lentement ; au XIXe siècle, les motivations variées amenant les gardiens à postuler à cet emploi rigoureux sur le plan disciplinaire et mal rémunéré gardent en arrière-fond une idée de pis-aller : c'est le seul emploi où on accepte ces postulants, l'asile étant pour sa part confronté à une pénurie de gardiens dont le *turn-over* est rapide (souvent, ils restent moins de six mois au même endroit, que ce soit par découragement ou par renvoi). (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 373-374).

délaissé dans l'institution pénitentiaire. Cette dernière peut donc très bien, de ce point de vue, atteindre le même degré d'autarcie que l'institution asilaire, mettant simplement moins de personnel sur une question qui la concerne *a minima* à son sens.

En ce qui concerne les autres déconvenues de l'institution pénitentiaire, elles portent sur un sens plus économique du terme « autarcie ». L'objectif était de faire de la gestion des maisons centrales une « opération blanche » sur le plan comptable pour les pouvoirs publics. But irréaliste et donc jamais atteint par cette institution, mais qui ne s'avérerait pas plus réalisable pour l'institution asilaire. Le différentiel des bilans des deux institutions tient donc beaucoup aux attentes et objectifs exigés de chacune.

B · LA QUESTION DE L'ISOLEMENT

L'isolement est un des référentiels centraux en matière de fonctionnement des institutions totales. Pourtant, il faut s'entendre sur le sens donné à ce terme. La question de l'isolement recouvre en effet deux réalités distinctes, sources d'enjeux différents, quoique aussi cruciaux l'un que l'autre dans le fonctionnement des institutions totales. L'isolement peut être d'une part un isolement de l'institution par rapport au reste de la société ou bien, d'autre part, un isolement de l'individu au sein de l'institution.

Concernant l'institution psychiatrique, ces deux formes de l'isolement étaient, à l'origine, indissociables. Si l'on en croit Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, la logique de l'isolement se fondait en effet sur la volonté de laisser le malade dans sa « *solitude essentielle* »²⁶⁸. Au-delà de l'extraction de l'aliéné de la vie collective dans le siècle, il s'agissait donc également de le couper des autres malades au sein de l'asile ; simple continuité du processus. Cependant, il est rapidement apparu aux aliénistes, à commencer par PINEL, que l'apprentissage de la vie en collectivité pouvait en lui-même s'avérer thérapeutique. L'évolution de la vie au sein de l'asile est donc celle d'un glissement vers la formation d'un microcosme, tirant idéalement vers la formation d'une république autarcique, formée d'individus vivant ensemble, sans que le principe de sa rupture avec le siècle n'en soit ébranlée pour autant. Il s'agit de l'avènement d'une micro-société fonctionnant parallèlement au monde libre.

Institutionnelle pour l'une, individuelle pour l'autre, chacune de ces deux acceptions de l'isolement nécessite donc un traitement différent. Seule la première nous intéresse, dans un premier temps, dans le cadre de l'étude de l'autarcie matérielle échafaudée autour de l'institution totale, illustration à l'appui, dans l'institution psychiatrique (1) comme dans celle carcérale (2). La seconde acception renvoie directement, quant à elle, aux conditions de vie au sein de l'institution ; elle sera étudiée ultérieurement²⁶⁹.

§ 1. L'isolement institutionnel dans l'institution psychiatrique

L'asile est une entité qui se protège et protège du monde. Tel est le fondement conceptuel de l'isolement institutionnel ou isolement thérapeutique. Ainsi qu'il est défini par ESQUIROL, cet isolement thérapeutique impose, dans une perspective de soins, la rupture de tous les liens entre l'aliéné et son milieu social pathogène, c'est-à-dire généralement sa famille. On retire le fou du monde, restant ainsi, même involontairement, dans la continuité des pratiques antérieures d'exclusion de l'être anormal hors de la société. L'asile ne pourra jamais se départir de cette dimension de l'isolement qu'il instaure. L'individu se retrouve donc seul face à et dans l'institution, le médecin décidant unilatéralement du degré de liens que le malade va pouvoir conserver avec ses proches.

Cette rupture organisée avec le monde extérieur a ainsi un impact direct sur l'isolement individuel, qu'elle crée *de facto* : correspondance épistolaire, colis, visites, sorties, ce sont autant de liens personnels que perd le malade, mais ce sont aussi autant de règles qui construisent le carcan juridique symptomatique de l'isolement institutionnel, en tant qu'organisation de repli sur

²⁶⁸ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain.*, op. cit., 1980, p. 169.

²⁶⁹ Cf. section II de ce chapitre.

elle-même de cette institution asilaire. C'est donc dans le cadre présent, de l'exposé de l'isolement institutionnel, qu'il faut les aborder. Ainsi, la correspondance épistolaire est généralement autorisée mais à une fréquence modérée²⁷⁰ et sous réserve d'une censure autant à l'émission qu'à la réception. Le prétexte irréfragable est d'essence médicale, touchant à la protection du malade et de son bien-être. Il s'agit aussi de lutter contre les affabulations ou tout témoignage qui risquerait d'alarmer les familles et de remettre en cause l'institution. Les colis sont également inspectés et leur contenu est rarement laissé à disposition du destinataire. Quant aux visites, elles sont soigneusement encadrées et accordées au cas par cas par le médecin, toujours dans l'intérêt du malade. D'une durée fixée, elles se déroulent de toute façon sous la surveillance des infirmier(e)s et peuvent être écourtées à la moindre menace d'agitation chez le malade.

Or ces liens sont généralement le seul contact de l'individu enfermé avec la société. De fait, cette dernière ne franchit pas les murs de l'institution et, en sens inverse, l'aliéné interné ne sort pas dans le siècle. La pensée aliéniste amène en effet à considérer le monde extérieur comme hostile pour le malade interné, voire dangereux. Un raisonnement simple lie étroitement maladie et rejet par la société du malade, chacun des deux phénomènes pouvant être lu comme la cause de l'autre. Par suite, l'inadaptation du malade à la vie en société le met en danger : incapable d'être autonome, il ne peut survivre dans un monde dont il ne parvient pas à appréhender les règles et qui le perd un peu plus en le rejetant, par peur de sa différence.

Par conséquent, les sorties éventuellement organisées par l'institution permettent aux internés de changer de décor le temps d'un après-midi, mais en évitant à tout prix les contacts avec la société extérieure. Sorties thérapeutiques certes, mais dans le sens d'une recherche d'un plaisir de vivre, d'un apaisement par un contact avec la nature, certainement pas d'une réhabilitation progressive de la vie « normale » dans le siècle. Ces promenades collectives se font donc dans des sites repérés à l'avance par l'équipe médicale, isolés, et le déplacement pour y arriver se fait généralement en voiture fermée. L'interdiction formelle de fréquenter tout lieu public, notamment les lieux de sociabilité que sont les auberges, les cafés et les maisons de jeux, est de rigueur.

Quant aux permissions de sortie, elles sont rares durant le XIXe siècle, et ne dépassent généralement pas la journée, le malade devant coucher le soir à l'asile. Bien évidemment, elles ne sont accordées que dans la mesure où l'aliéné est pris en charge, dès le seuil de l'asile, par un proche qui assume la responsabilité de sa surveillance durant tout le temps du périple.

Quelles que soient ces possibilités de liens avec l'extérieur, il ne faut jamais perdre de vue que, restant de l'ordre de la récompense ou de la faveur, elles appartiennent en tout cas à la sphère des tolérances exorbitantes par rapport au régime commun connu à l'asile. Aucun droit, dans ce cadre, n'est reconnu à l'aliéné par la loi de 1838, texte qui se cantonne à une gestion administrative de la folie en se contentant d'organiser les modalités d'hospitalisation de ces malades. Le médecin fait la loi dans son asile et le principe de l'institution psychiatrique, au moins jusqu'aux années 1860, veut que les communications entre la micro-société asilaire et le monde libre soient les plus rares possibles. Par conséquent, il est tout-à-fait envisageable qu'un aliéné un peu agité se voie refuser tout contact avec l'extérieur, sous quelque forme que ce soit, durant plusieurs années. On retrouve bien ici une dimension individuelle de l'isolement, qui se révèle l'outil de l'isolement institutionnel ; cela laisse transparaître de manière prononcée la philosophie qui soutient le paradigme de l'institution asilaire durant cette période.

Cette coupure des liens entre société libre et micro-société asilaire possède, dès son origine, un fondement ségrégatif : la politique aliéniste prend acte, intrinsèquement, avec l'avènement du système asilaire, de la volonté, pour la population « normale » de se débarrasser des aliénés. A ce stade vont alors s'imbriquer la politique institutionnelle isolationniste de l'asile par rapport à la société extérieure et l'évolution vers la vie en collectivité qui se développe au sein même de l'institution. Preuve va être donnée, par la réussite de la mise en place de cette vie collective, que l'aliéné est aussi capable qu'un autre de vivre en société, de se plier à des règles, de travailler. Seulement, atteindre cet objectif avec cette population nécessite éventuellement

²⁷⁰ Une lettre tous les quinze jours de la part des malades, éventuellement toutes les semaines, selon la décision du médecin.

des aménagements, « de se mettre à la portée de ces individus » pour reprendre l'expression de Marcel GAUCHET et de Gladys SWAIN, et aboutit à un « *repli sur un univers de la différence* »²⁷¹ de la part de l'institution psychiatrique. La capacité du fou à se révéler un être sociable n'est acceptable, encore au XIXe siècle, que dans la mesure où cette vie en collectivité se joue hors de la société, dans une sphère parallèle. L'image populaire de la folie et son corollaire de craintes suscitées par elle continuent à planer au-dessus de la société, et nécessairement à se répercuter sur les politiques aliénistes. S'y adjoint l'idée que c'est à l'individu de se plier aux règles de la société et non à la société de se faire à l'individu. Dès lors, cette dernière laisse sur le bord du chemin tous ceux qui, mal adaptés, auraient besoin d'un peu plus de soutien que les autres pour s'intégrer à la vie dans le siècle.

Les aliénistes sont les premiers complices de cette ségrégation, la consolidant en organisant une véritable vie autarcique de l'institution. Le discours psychiatrique substitue ainsi « *l'isolement collectif* »²⁷² à l'isolement individuel, lui-même désormais rejeté. La volonté de recréer une société absolument identique à celle extérieure est si prégnante que certains médecins aboutissent à la création de véritables hôpitaux-villages, avec ses rues, ses échoppes vivant sans besoin d'apports extérieurs²⁷³. Les asiles sont par ailleurs généralement bâtis à l'écart de la vie sociale, îlots isolés sur un plan géographique donc, mais également économique. L'adjonction d'une ferme voire d'une exploitation agricole à l'asile n'est pas rare. Le fonctionnement autarcique devient vraiment de mise, les malades mis au travail devant être les premiers acteurs rendant viable cette organisation en circuit fermé.

Derrière ces projets transparait un renoncement à réintégrer le malade dans le siècle. Mais plus loin, c'est une réorientation par rapport à la finalité-même de l'institution asilaire qui se dessine et des projets d'établissement fortement modifiés qui voient le jour. En effet, ce qui est mis en avant désormais est l'organisation à long terme d'une petite société autonome, et non plus le soin de la folie, les conditions de vie au sein de l'institution plutôt que la guérison. L'imaginaire collectif prend rapidement acte de cette dérive de la politique aliéniste puisque, dès 1825, l'asile y est considéré comme synonyme de réclusion.

Guéri ou non, le malade serait condamné à rester à vie dans son institution, stigmatisé qu'il est par son passage à l'asile et ses troubles comportementaux aux yeux de la population libre. Raccourci tout de même un peu rapide si l'on se souvient du nombre non négligeable de malades séjournant temporairement à l'asile sans pour autant y demeurer éternellement. Mais il est évident que cette réorientation se vérifiera pour toute une frange de la population des aliénés internés.

Cela est vrai de la classe des incurables, qui refait ainsi son apparition parmi les classifications de malades ; plus subtilement, cela est vrai également des malades stabilisés et de convalescents qui restent employés, notamment comme surveillants ou filles de service, au sein de leur institution d'accueil. Chacun y trouve son compte : les individus ainsi employés en s'assurant le minimum vital pour survivre sans avoir à affronter une réalité dont ils sont déconnectés et, par contre, en continuant à vivre dans un milieu dont ils maîtrisent les règles et les codes ; l'institution en se procurant ainsi des employés déjà formés aux règles de vie de l'institution, portant un regard plus compréhensif sur les malades et ayant des réactions sans doute plus appropriées face à des troubles qu'ils ont éventuellement vécus de l'intérieur auparavant. Preuve flagrante de l'auto-reproduction et de l'autarcie dans laquelle est tombée l'institution asilaire, comme on a pu déjà l'évoquer.

Preuve aussi que l'isolement institutionnel renferme bien deux facettes pour l'aliéné, l'une négative, l'autre positive : certes, il amène un bon nombre d'aliénés à être définitivement exclus de la société, sans plus d'espoir de s'y réintégrer ; mais n'est-ce pas une prise d'acte de l'état des mentalités à propos de la folie, dont les aliénistes ont tiré la conséquence la plus humaniste

²⁷¹ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p. 207.

²⁷² Expression empruntée à M. GAUCHET et G. SWAIN *La pratique de l'esprit humain*. 1980, op. cit., 519 p.

²⁷³ Cf les projets d'ESQUIROL ou encore de MARANDON de MONTYEL en 1895, dans M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*. op. cit., 1980, p. 201.

possible, à savoir la protection du fou en l'aidant à survivre, voire à vivre, même si ce n'est que dans un univers parallèle à la société ? Cela implique le renoncement à tout un idéal d'inscription et d'intégration de la folie dans le siècle. Cela dénote aussi la consolidation de l'avancée pinélienne qu'est la reconnaissance d'une humanité à l'aliéné.

C'est ainsi que l'on peut résumer la position de l'institution asilaire au XIXe siècle comme « *oscill[ant] [constamment] entre lieu de traitement tourné en priorité vers l'extérieur [...]* », dans la mesure où l'institution, dans son idéal premier, ne se souhaitait qu'un lieu de passage temporaire avant le retour vers la société²⁷⁴, « [...] *et lieu de vie d'où l'on ne revient guère, [...]* »²⁷⁵. Dès 1840, LEURET esquisse une première critique de l'institution asilaire en ce qu'elle instaure un isolement trop entier pour certains types de malades. Certaines maladies appellent, pour guérir, à un maintien de liens avec l'extérieur, avec des individus « normaux ».

Première relativisation de la posture catégoriquement isolationniste de l'institution, donc, mais qui ne pose pas LEURET en véritable contestataire de l'institution psychiatrique telle qu'elle fonctionne alors. Il reconnaît que l'isolement reste généralement utile voire nécessaire pour redonner les règles-cadres de la vie en société à tous les individus désadaptés que reçoivent les asiles. Mais il agit toujours dans la perspective d'une réintégration, à terme, de l'individu dans la société. Or, on peut voir poindre dans ses propos un scepticisme quant à la consistance de la vie sociale recrée au sein de l'institution. Consistance qu'il tente de renforcer par l'instauration du travail des aliénés et, plus généralement, par une occupation intensive de la vie des internés ; un « *appauvrissement moral* » menace sinon la vie asilaire refermée sur elle-même.

Les premières critiques sur ce système replié sur lui-même et qui s'est exclu du monde commencent réellement à émerger autour de 1860. On lui oppose des méthodes de soins beaucoup plus intégrationnistes comme le placement familial, qui maintient l'objectif initial de l'institution, à savoir le soin de la maladie mentale vers une éventuelle guérison et vers une réintégration à la société à terme. A la fin du siècle, l'*Open-Door*, venu de Grande-Bretagne, est également avancé comme exemple à suivre. Le principe est de casser avec l'ancien paradigme de l'institution asilaire totale et son isolement institutionnel en assurant un accueil des aliénés hors d'une enceinte asilaire mais tout en conservant une finalité thérapeutique et curative. Ces nouvelles modalités de soins peinent pourtant à s'installer en France. La colonie familiale de Gheel, en Belgique, reste l'exemple de référence pour cette modalité de soin à contre-pied de l'isolement institutionnel, qu'a tenté de diffuser en France Auguste MARIE, lui-même fondateur d'une colonie pour femmes à Dun-sur-Auron (Cher) en 1892, puis d'une autre pour hommes en 1900 à Ainay-le-Château dans l'Allier. Les colonies agricoles qui se créent à partir de 1860 semblent participer du même mouvement. Il est pourtant à remarquer que, même si elles permettent à des malades de sortir de l'enceinte stricte de l'asile pour aller vivre au-dehors, elles n'en restent pas moins des groupements de malades chronicisés vivant entre eux et reproduisant à l'extérieur de l'institution un microcosme auto-suffisant sans contact avec la société extérieure. L'isolement institutionnel reste donc de mise dans ce cadre précis.

L'échec de l'institution asilaire autarcique et recluse est vivement dénoncé en 1896 par MARANDON de MONTYEL, médecin-chef de l'asile de Ville-Evrard, opposant, dans le cadre d'un bilan de cinquante ans d'enfermement, « l'hygiène de l'isolement », dépassée et non-productive, à « l'hygiène de la liberté », qu'il promeut.

Mais ce n'est qu'après la Première Guerre Mondiale, en 1922, qu'Edouard TOULOUSE va pouvoir ouvrir le premier service de soins ambulatoires, à Sainte-Anne²⁷⁶, projet pour lequel il militait depuis 1896. L'isolement institutionnel est, dans ce cadre, complètement évincé puisqu'il s'agit de soigner des patients qui continuent pourtant, pour une bonne part, à vivre au quotidien dans le siècle. Mais cette première révolution dans le monde psychiatrique change en

²⁷⁴ Ce qui n'empêche pas que, le temps du séjour à l'asile, les liens avec l'extérieur puissent être rompus ni que l'institution elle-même fonctionne en autarcie par rapport au monde extérieur.

²⁷⁵ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain. op. cit.*, 1980, p. 206.

²⁷⁶ Il s'agit en réalité d'une véritable institution, l'hôpital Henri-Rousselle, rassemblant à la fois des lits d'hospitalisation libre, un dispensaire et un service social, auxquels sont adjoints des laboratoires de recherche et un enseignement.

réalité peu la situation au sein de l'institution asilaire en tant que telle. Ce type de service ouvert va se développer en marge de l'asile, ne s'intéressant pas au même type de population atteinte de troubles psychiques. L'institution asilaire reste donc repliée dans son isolement et coupée du champ social arpenté par la nouvelle psychiatrie sociale. Cette dernière, jouant sur le tableau de l'hygiène mentale, vient plutôt se substituer aux sociétés de patronage actives au XIXe siècle. Ce clivage persistera jusqu'à la création des secteurs en 1960.

§ 2. L'isolement institutionnel dans l'institution pénitentiaire

Dans le cadre carcéral, cet isolement institutionnel s'est instauré pour ainsi dire naturellement au fur et à mesure de la mise en place de la nouvelle institution pénitentiaire, devenue le pivot de la hiérarchie des peines telle que réorganisée après la Révolution. Rappelons à cet effet le rejet, par l'Assemblée Constituante lors de la rédaction du Code pénal de 1791, du principe d'une ouverture régulière des prisons au public, premier signe d'une volonté de faire de la peine carcérale une peine occulte, coupée de tout contrôle citoyen. Méconnaissance publique de ce qui se passe derrière ces hauts murs qui permet, à l'occasion, de laisser se développer un mythe carcéral volontiers terrifiant, et que l'on peut espérer par conséquent dissuasif. Toute l'analyse portée dans le chapitre précédent sur l'opacité de cette institution ne se dément pas pour les périodes suivantes, poussant jusqu'à la Seconde guerre mondiale.

La coupure avec le monde extérieur n'est cependant pas totale dans la mesure où les visites des proches restent acceptées, voire encouragées quand ces parents sont « *de moralité reconnue* »²⁷⁷, surtout à partir du moment où va se préciser le projet d'instaurer le système de l'isolement cellulaire en régime d'incarcération de droit commun. Ceci dit, ces personnes sont les seules qui maintiennent un lien véritable entre les détenus et la société civile. En effet, d'autres visites sont également encouragées, mais de la part d'individus qualifiés de personnel pénitentiaire par le rapport BERENGER. Même si ils sont vraisemblablement capables d'une certaine indépendance d'esprit, il est vrai que ces médecins, instituteurs et aumôniers sont des habitués du cadre carcéral et qu'ils y sont employés. Les sociétés de patronage sont également invitées à multiplier leurs visites aux prisonniers, mais là encore, connaissent-elles réellement un autre monde que la prison et ont-elles la capacité de se montrer réellement indépendantes, c'est-à-dire à l'occasion critiques envers l'administration pénitentiaire qui leur permet de pénétrer dans l'enceinte carcérale ? Dans les deux cas, tous ces individus et institutions restent de toute façon en nombre trop restreint pour mener une action vraiment visible et efficace.

A partir de 1875, la prison doit être isolée de la société. Les nouvelles structures carcérales devront dès lors être bâties dans des lieux isolés, loin des concentrations de population que représentent notamment les centres urbains. On casse ici avec l'ancienne conception de la prison dont les hauts murs, présents au sein des villes, devaient régner comme une Epée de Damoclès justicière au-dessus de la population générale, lui rappelant le danger encouru à glisser dans la criminalité. Et on noue avec la politique adoptée dans le cadre de l'institution psychiatrique, dont les bâtiments sont depuis au moins le milieu du siècle construits à l'écart de la cité.

L'autarcie matérielle s'avère donc surtout une autarcie physique, d'isolement en marge de la société. La dimension économique n'a pour sa part jamais pu trouver une application parfaite, les deux institutions ne parvenant apparemment pas à fonctionner uniquement sur leurs propres productions. Ce n'est pourtant que de demi-échec, qu'il faut parler, le fonctionnement de ces deux institutions étant toujours resté fortement endogène, seule une part congrue et tirée vers le minimum devant être apportée de l'extérieur. En prison, le circuit mis en place avec l'entreprise générale et ses sous-traitants peut d'ailleurs être considéré sous bien des angles comme une forme de fonctionnement autarcique, mis à part les nécessaires subsides financiers

²⁷⁷ Expression empruntée à René BERENGER, membre de l'Assemblée Nationale, dans son Rapport présenté au nom de la Commission d'enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires, suivi d'un projet de loi sur le régime des maisons départementales, 1873, p. 380.

complémentaires issus de l'Etat. Quant aux asiles psychiatriques, dont un certain nombre se sont notamment dotés de fermes et qui disposent de toute la main d'oeuvre nécessaire pour assurer l'ensemble des activités nécessaires au fonctionnement d'une collectivité, l'existence d'établissements véritablement autarciques est loin d'être improbable.

Un bilan fortement positif vient ainsi affirmer le caractère clairement autarcique de ces institutions vivant en marge de la société. Au coeur de ce microcosme parallèle, l'individu doit tenter de survivre, à la fois objet de toutes les attentions de l'institution en tant qu'objet de son pouvoir et au fondement de sa raison d'être en tant qu'objet des politiques pénales et psychiatriques, à transformer, à mater ou simplement à neutraliser par l'éloignement du monde, selon les époques.

SECTION II : LES CONDITIONS D'ENFERMEMENT : LA PLACE DE L'INDIVIDU AU SEIN DE L'INSTITUTION TOTALE

Après s'être révélés les principaux vecteurs de l'autarcie matérielle des institutions pénitentiaire et asilaire, isolement (I) et travail (II) sont utilisés également comme les deux piliers d'étude choisis pour aborder les conditions de vie au sein des deux institutions de référence au cours de la période 1830-1945, tant ces deux facteurs prédominants orchestrent la vie matérielle dans les deux institutions. Ils en impactent toutes les dimensions, temporelles, relationnelles etc. Il s'agit simplement de déplacer l'angle d'analyse, pour, après avoir analysé les deux notions d'un point de vue institutionnel, les appréhender d'un point de vue plus individuel.

Mais il convient dans un second temps de se détacher de ces deux prismes d'approche des conditions de vie pour considérer ces dernières sous leur forme brute, afin de jauger, par ce biais, l'attention portée à l'Homme enfermé. Cela permettra d'aborder les questions les plus terre-à-terre de la vie quotidienne, véritable baromètre dans le cadre d'une évaluation du respect de cet être humain privé de liberté (III).

I. L'ISOLEMENT INDIVIDUEL, UNE MESURE ENTRE HUMANITE ET RUPTURE DU LIEN SOCIAL

Les deux institutions considérées ici évoluent en sens inverse par rapport à la question de l'isolement : tandis que le monde pénitentiaire voit un véritable progrès dans l'instauration de l'encellulement individuel, mais un objectif que cette institution ne parvient jamais à appliquer (A), le monde psychiatrique se défait de ce principe de gestion de la vie asilaire, voyant le salut de l'aliéné dans la socialisation (B).

A · AU SEIN DE L'INSTITUTION PENITENTIAIRE, « L'ELDORADO » CRIMINOLOGIQUE DE L'ENFERMEMENT CELLULAIRE

La question de l'isolement individuel, c'est-à-dire cellulaire, apparaît dans la réflexion pénitentiaire à partir de 1830, année durant laquelle est lancé un projet de réforme législative. C'est dans un contexte d'interrogation sur le maintien de la peine de mort dans l'arsenal français

des peines, cumulé à une volonté de remplacer les archaïques supplices napoléoniens de la marque au fer rouge ou du poing coupé, que vient s'insérer cette proposition d'une nouvelle modalité d'enfermement pour le régime commun. L'enfermement cellulaire serait alors une alternative à la peine capitale. L'exposé de cet « *eldorado* criminologique » semble nécessairement très idéologique et institutionnel au premier abord : il retrace en effet l'évolution et les atermoiements dans les tentatives d'adoption et d'application d'un principe perçu comme positif sur le plan criminologique. Mais s'il apparaît comme tel, c'est bien d'abord par toutes les conséquences qu'il va avoir sur la vie matérielle et l'état mental et moral de l'individu. C'est l'exposé des motivations idéologiques qui permet de présenter de la manière la plus évidente et la plus claire l'impact individuel si éphémère, si difficile à saisir, de l'isolement individuel. Dans cette continuité, pour en cerner les implications réelles, il faut nécessairement en passer par l'exposé de sa mise en place politique et institutionnelle.

C'est sa dimension de châtiment voire de supplice qui semble avancée dans un premier temps, mais paradoxalement dans une optique d'adoucissement du sort des condamnés. Il s'agit donc de l'évaluer à sa juste valeur. En effet, comme tient à le rappeler le rapporteur parlementaire Thomas BERENGER de la DROME²⁷⁸, cet encellulement solitaire doit rester une punition, et ne pas glisser vers la vengeance pure²⁷⁹. Or l'enfermement solitaire absolu est clairement un mode d'enfermement qui peut confiner à l'inhumanité si on en fait une exclusion intégrale de l'individu de tout lien social et qu'on le laisse seul face à la vacuité de son existence. Il s'agit donc de bien réfléchir au préalable sur le degré d'isolement et les modalités de mise en oeuvre de celui-ci, que l'on souhaite mettre en place dans le cadre d'une punition éventuellement constructive.

A priori, l'idéal de l'institution pénitentiaire reste en effet la sortie, à terme, du prisonnier et sa réintégration à la société. Mais, premier pilier de la réflexion, tout le dilemme théorique de l'instauration du mode cellulaire pour l'enfermement des prisonniers se focalise sur le caractère janusien de la cellule, excessif sous ses deux aspects : pouvant donc s'avérer un véritable châtiment et une mort sociale pour l'individu, objet ainsi d'une répression sans borne, elle peut également se révéler, bien utilisée, comme un excellent instrument de correction et de reconstruction de l'individu, en l'incitant notamment à une réflexion sur lui-même et son acte. Plus loin, elle peut même apparaître comme un vecteur de l'humanisation des prisons dans la mesure où elle met fin à l'entassement carcéral des individus et à cette promiscuité si nocive sur les plans inter-individuel, sanitaire, moral. L'enfermement solitaire résout le problème de la violence entre détenus, de la corruption morale, des risques d'épidémies par contagion. Elle ramène ainsi une certaine sérénité au sein de l'institution carcérale ; du moins est-ce ce qu'on peut supposer dans le cadre d'une réflexion purement théorique.

Le second pilier de la réflexion sur l'opportunité de l'instauration du système cellulaire est financier : qu'il faille construire de nouveaux établissements d'architecture cellulaire ou modifier les plans des structures existantes, dans les deux cas, le coût paraît prohibitif pour les pouvoirs publics. Davantage que les désaccords théoriques, c'est cette considération très concrète de la question qui se révèle le principal frein de la mise en place de l'encellulement individuel dans les prisons au XIX^e siècle.

C'est à partir de cette double donne que vont se cristalliser tous les errements idéologiques et décisionnels concernant l'adoption de l'encellulement individuel, des errements qui vont caractériser la politique carcérale de toute la période de l'âge d'or du paradigme, soit entre 1830 et 1945.

Sur le plan théorique, différents systèmes de gestion de l'encellulement individuel peuvent être proposés à l'étude. Les deux principaux sont mis en oeuvre aux Etats-Unis : il s'agit d'une part du système « philadelphien » ou « pennsylvanien », qui prône l'encellulement individuel

²⁷⁸ Alphonse Marie Marcellin Thomas BERENGER de la DROME était le père de René BERENGER, précédemment cité.

²⁷⁹ Propos issus de la séance du 5 octobre 1830 à l'Assemblée Nationale, rapportés par Jacques-Guy PETIT dans *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 221

complet, et d'autre part de la politique « auburnienne », qui met en oeuvre un isolement individuel nocturne mais par contre, un travail en commun à l'atelier le jour, généralement en silence. A ces deux types organisationnels internes est souvent alliée la théorie du contrôle benthamienne, concrétisée sur le plan architectural par le panoptique. Le principe repose sur le sentiment de surveillance constante : il s'agit d'observer sans être vu tout en laissant au détenu l'impression qu'il est sous contrôle permanent ou bien, pour reprendre les termes de FOUCAULT, d'« induire chez [celui-ci] un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir. Faire que la surveillance soit continue dans ses effets, même si elle est discontinuée dans son action [...] »²⁸⁰. Pour créer cette impression, il suffit que le prisonnier se sache potentiellement sous l'oeil d'un surveillant, sans que lui-même ne puisse jamais savoir si on l'observe effectivement ni qui l'observe.

Partisans de l'enfermement cellulaire, Alexis de TOCQUEVILLE et Gustave de BEAUMONT partent en 1830 étudier ces deux modèles dans l'optique de faire avancer la réflexion française. Ils jugent, dans leur rapport, que le modèle philadelphien est théoriquement préférable mais qu'il sera trop cher. Ils optent donc, pragmatiquement, pour le système auburnien, aussi efficace en matière de lutte contre la récidive mais d'un coût moindre pour l'Etat. En effet, il nécessite une architecture plus simple que les bâtiments philadelphiens et surtout, le travail en ateliers communautaires permet un meilleur rendement donc davantage de profits. TOCQUEVILLE reviendra cependant sur sa position à partir de 1840, préférant finalement l'isolement de jour et de nuit. Opposé au système de l'entreprise générale dont il dénonce les abus, il espère, par ce biais, également dissuader les spéculateurs de profiter du système pénitentiaire et ainsi briser les monopoles de ces entrepreneurs. Par contre, les deux missionnaires n'hésitent pas à attirer l'attention sur les abus qu'ils ont pu constater, en matière de rétorsion disciplinaire notamment, au sein des différents pénitenciers visités. Indépendamment du choix d'un de ces deux systèmes théoriques, il s'agirait donc pour les Parlementaires de ne point délaisser la question de l'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'administration.

Le projet de Charles LUCAS, humaniste plus optimiste sur les ressorts de l'âme humaine, est plus élaboré : il combine les différents modèles d'encellulement et les différentes qualités de la cellule afin d'adapter la réponse pénale à la situation du prisonnier : les détenus préventifs, encore présumés innocents, doivent être soumis à l'isolement absolu, ce qui les préserverait de tout contact « humiliant ». Absence de dimension punitive de la cellule dans ce cadre donc. Le même régime serait imposé aux condamnés à de courtes peines (moins de deux ans), mais dans une perspective punitive cette fois ; dissuasion de toute récidive et obstacle à la corruption inter-détenus seraient alors les arguments, surtout dans la mesure où le temps de peine est trop court pour engager une action moralisatrice. La différence entre ces deux premiers régimes jouerait en fait sur les modalités de cet isolement : l'absence de costume pénal distinctif et de travail obligatoire dans le cadre préventif laisserait en effet l'isolement imposé vierge de tout caractère sanctionnatoire et rabaissant. Les condamnés à une longue peine, par contre, seraient soumis à un régime de type auburnien, l'accent étant mis sur la sociabilisation *via* la vie commune diurne. LUCAS développe ici tout une procédure visant à l'amendement du condamné par le travail, la religion et l'éducation.

Sur le plan de l'application pratique, le principe de l'encellulement individuel va trouver des partisans dans les deux camps idéologiques clivant le débat politique, les « Humanistes » d'un côté, les « Sécuritaires » de l'autre. L'utilisation de cette forme d'enfermement carcéral répond en effet, par ses multiples impacts, à la fois aux préoccupations des deux camps, chacun faisant ressortir les aspects qui l'intéressent dans cette pratique. C'est donc moins pour des raisons idéologiques, alternant au gré des aller-retours du balancier sécuritaire, qu'à cause du levier financier, obstacle dirimant récurrent à l'aboutissement concret de cette réforme, que les tentatives répétées de mise en oeuvre de ce mode d'enfermement vont être régulièrement abandonnées ou vont avorter.

Quant à cette mise en pratique du concept, donc, une première période court de 1830 à

²⁸⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, op. cit., 1975, p. 234

1836, posant les prémisses de la situation qui lui succédera ensuite. Le contexte change fondamentalement durant cette première étape chronologique : après un intermède libéral de deux ans, la politique est rentrée de nouveau, depuis 1832, dans une mouvance sécuritaire. Or ce contexte a nécessairement un très fort impact sur l'utilisation de la cellule dans le cadre pénitentiaire, et à la base, sur la volonté de persévérer dans l'adoption du système cellulaire comme mode d'enfermement de droit commun. Le discours hygiéniste milite dans le même sens après l'épidémie de *choléra morbus* qui a décimé les milieux populaires en 1832. Ce type de maladies affectant les couches sociales pauvres trouve en effet un ressort particulier dans des antres malsaines et surpeuplées telles que les prisons. Mais c'est l'argument financier qui règle le débat : le gouvernement ne souhaite pas faire oeuvre de prodigalité en faveur de la réforme pénitentiaire. Son rapporteur devant l'Assemblée indique donc nettement que la généralisation de l'enfermement cellulaire n'est pas à l'ordre du jour pour les constructions alors projetées, principalement, des maisons centrales. Le ministre de l'Intérieur, MONTALIVET, s'engage cependant à présenter un projet se fondant sur « *l'isolement des corps, autant que possible, l'isolement des âmes toujours.* »²⁸¹. Il se positionne en réalité déjà pour un système d'essence auburnienne, le travail s'effectuant en ateliers communs le jour mais en silence. En arrière-plan transparaît la réflexion économique : cette solution est celle la plus à même de convenir aux entrepreneurs généraux et risque donc moins de remettre en cause l'équilibre politico-économique en place jusque-là.

La deuxième période s'étend de 1836 à 1875. Elle se caractérise par un climat de débat idéologique passionné mais improductif au niveau législatif concernant la mise en place de l'encellulement individuel carcéral, sous-tendu par un pis-aller réglementaire précaire et hésitant. Alternent en effet, durant cette période, tentatives de mise en oeuvre du principe par voie réglementaire et retournements de position par d'autres textes revenant sur le principe. A chaque fois, ces retours en arrière ne sont que la prise d'acte pragmatique d'une mise en échec financière de la mise en oeuvre du concept de l'enfermement individuel cellulaire.

La deuxième moitié de l'année 1836 voit s'amorcer un virage répressif, assis sur un sentiment généralisé d'une croissance importante de la criminalité et de la récidive. Or la prison est désignée comme la première cause de ce regain de criminalité : peine trop douce, elle serait corruptrice, et la promiscuité entre détenus de toutes catégories qui y règne permettrait l'organisation de complots. Sans compter le mythe, récurrent en période de volonté répressive, de la « prison-paradis », qui serait une aubaine proche de l'auberge où les populations pauvres trouveraient tout ce dont elles manquent dans leur vie quotidienne. Une image en complet décalage, bien entendu, avec la réalité carcérale.

La seule solution serait donc de durcir le régime pénitentiaire afin, à défaut d'amender le détenu condamné, de dissuader préventivement tout individu de commettre des actes répréhensibles, et surtout de récidiver. C'est donc l'instauration du régime cellulaire qui est reconnue comme la solution unique à tous ces maux : à la fois efficace dans les faits puisqu'elle instaure réellement une séparation entre les individus, elle est également la hantise du prisonnier, en tant que condamnation à l'isolement. L'idée fait rapidement son chemin au niveau gouvernemental : l'obligation d'instaurer le régime cellulaire dans les prisons départementales est posée par voie réglementaire dès 1836. Un espoir se dessine également au plan législatif puisqu'elle est également définitivement acquise dans la proposition de réforme présentée aux députés, et ces derniers votent le principe de l'isolement absolu pour tous les prisonniers le 18 mai 1844. Mais le projet reste en réalité bloqué à la Chambre des Pairs et c'est un nouvel avortement que l'on doit constater. Ce nouvel échec trouve ses raisons dans le débat idéologique qui s'est engagé : l'une des grandes polémiques de l'époque demeure celle de l'extension du régime cellulaire aux condamnés à de longues peines. Quel impact peut avoir un isolement prolongé sur l'équilibre mental d'un individu ? Ne tombe-t-on pas dans la torture morale et psychique ? Nombre de médecins et d'aliénistes tels ESQUIROL, davantage sensibles à la protection des détenus contre les épidémies que permettrait une telle organisation, abondent en faveur de l'innocuité morale de l'isolement cellulaire. Lazare CARNOT, au contraire, stigmatise le plus grand arbitraire et la possibilité d'abus que l'instauration d'un cloisonnement entre détenus offrira à l'administration et surtout aux gardiens de prison ; aucune résistance de masse

²⁸¹ MONTALIVET, cité par J.-G. PETIT, dans *Ces peines obscures, op. cit.*, 1990, p. 224

à l'oppression illégitime ne sera plus possible²⁸². L'inégalité sociale face à cette peine est également soulignée, résumée par Honoré de BALZAC dans *Splendeurs et misères des courtisanes* : « *La solitude n'est habitable que pour l'homme de génie qui la remplit de ses idées [...] ou pour le contemplateur des oeuvres divines [...], la solitude est à la torture ce que le moral est au physique [...]. C'est la souffrance multipliée par l'infini.* »²⁸³.

Le climat international penche pourtant également pour la diffusion du système d'enfermement cellulaire individuel, comme en font foi les congrès pénitentiaires de 1846 et 1847. Mais malgré cette pression, la France en reste donc au *statu quo* antérieur, c'est-à-dire au maintien des manufactures dans les maisons centrales, ce qui sous-entend un travail en ateliers communautaires, et à l'obligation d'instaurer le régime cellulaire dans les prisons départementales issue du règlement de 1836. La stratégie de l'Etat, derrière cette position, est double : il impose le cellulaire là où les ateliers sont peu rentables et attirent peu les entrepreneurs, mais surtout là où les modifications architecturales ne lui coûtent rien, les prisons départementales étant encore à la charge des collectivités locales. Par contre, il s'exonère de ces coûts prohibitifs dans les structures de son ressort, en s'appuyant sur l'argument de l'incompatibilité entre le système de l'entreprise générale, vital pour la survie des maisons centrales, d'une part, et de l'encellulement individuel d'autre part.

La tentative d'instauration *a minima* du principe cellulaire par voie réglementaire dans les prisons départementales, qui paraît néanmoins un premier jalon dans le sens de la concrétisation de l'encellulement individuel sur le territoire français, demeure donc un échec : en fait, peu de prisons cellulaires restent en fonctionnement dans leur logique originelle après 1850. L'expérience a en effet prouvé l'inadaptation de ces établissements notamment à la demande pénale. C'est ainsi qu'on retrouve dès cette époque l'utilisation *a contrario* des cellules pour enfermer plusieurs prisonniers, faute de places. La volonté d'isolement originelle devient ainsi pire que le mal contre lequel elle souhaitait lutter puisqu'elle impose aux détenus une promiscuité permanente et encore plus poussée qu'à l'époque de l'enfermement communautaire. Le renoncement officiel au cellulaire, remplacé par une séparation par quartiers, est donc finalement entériné par une simple circulaire ministérielle, signée de PERSIGNY, ministre de l'Intérieur, en 1853. Les départements, notamment en province, s'empressent alors de réinstaurer un système de classification par quartiers, se fondant sur la vie commune. Sous le Second Empire, à peu près toutes les prisons cellulaires ont ainsi été retransformées selon les règles de l'organisation de la vie commune et dotées d'ateliers, ce qui permet de réduire les coûts de fonctionnement, à la charge de l'Etat depuis 1855.

Mais cette réforme n'ayant une assise qu'administrative, « *éclectisme et empirisme* »²⁸⁴ demeurent, notamment dans les directives pour les constructions de nouveaux établissements. Ainsi, dans les prisons départementales, quelques cellules sont conservées dans une optique disciplinaire ou de protection des enfants. De même sont construits dans quelques centrales des « quartiers d'amendement et de préservation », dans l'objectif de protéger les condamnés les moins « *pervers* » du contact de criminels particulièrement rodés et de leur apporter une attention particulière, tout cela afin de limiter la récidive. Création de seule valeur administrative à l'instigation de l'administration pénitentiaire qui navigue entre les justifications acquises en faveur du système de l'encellulement individuel, les contraintes budgétaires et la position officielle. Mais plus généralement, l'utilisation de la cellule s'effectue à la discrétion de l'administration, moins par conviction idéologique ou mise en oeuvre d'une politique officielle que par pure stratégie organisationnelle de la vie au sein de l'établissement pénitentiaire, sans qu'il n'y ait plus de lien réel avec la nature et la raison de la condamnation judiciaire.

Finalement, le reflux idéologique concernant le système cellulaire laisse donc la place,

²⁸² L'argument paraît cependant surprenant à propos de détenus enfermés contre leur gré en prison. Est-ce réellement le meilleur lieu pour mettre en oeuvre la résistance à l'oppression ? On comprend, ceci dit, ce contre quoi veut lutter CARNOT.

²⁸³ H. de BALZAC, *Splendeurs et misères des courtisanes*, tiré de *La condition humaine*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, tome VI, p. 849.

²⁸⁴ Pour reprendre l'expression de J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, 702 p.

dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, aux hésitations entre modèle cellulaire et modèle communautaire. Le nouveau modèle pénitentiaire européen, dit « irlandais » ou « mixte », qui combine isolement cellulaire individuel et enfermement en commun, s'accorde bien avec cette conjoncture nationale et encourage l'éclectisme vers lequel penchent les pouvoirs publics jusqu'en 1875. Son principe est en effet de faire passer le détenu par des régimes d'enfermement de plus en plus souples, la liberté provisoire en étant la dernière étape. La Commission d'HAUSSONVILLE, nommée pour travailler sur le projet de réforme pénitentiaire aboutissant à la loi de 1875 songe d'ailleurs à instaurer ce modèle dans les maisons centrales à la place d'un système cellulaire pur et propose les deux alternatives à l'Assemblée dans son rapport.

Ceci dit, l'assouplissement organisationnel permis par la circulaire de 1853 n'évite pas à l'institution pénitentiaire de subir et de mal gérer le surpeuplement carcéral. Ainsi, plus du quart des établissements départementaux ne respectent même pas la séparation des détenus par quartiers, exception faite de la séparation entre les sexes. En 1875, dans la grande majorité de ces structures, la prison préventive et celle pour peines sont réunies dans le même bâtiment. Le discours sur la prison « école du vice et de la récidive » est donc à nouveau de mise.

L'année 1875 marque la troisième grande étape de l'étude de la politique d'enfermement cellulaire et de ses aléas : c'est l'année de la consécration législative du principe. Une victoire en demi-teinte néanmoins, vu les difficultés d'application de la loi par la suite, et même, pour être tout à fait honnête, sa non-application jusqu'à nos jours.

Il est nécessaire, à ce niveau, de prendre conscience de la différence, dans les enjeux, entre les deux réformes pénitentiaires du XIX^e qui ont traité de l'isolement : alors que ce dernier apparaissait comme la « solution-miracle » remplissant à la fois les objectifs de châtimement, d'intimidation et permettant une ouverture vers l'amendement du condamné, la cellule ne devient plus, avec la loi de 1875, que le moyen privilégié, de lutter contre la récidive, donc une simple technique pour atteindre cet objectif. Par contre, toute dimension de traitement, au sens médical du terme, du délinquant est oubliée ici. Cette loi se veut pragmatique et rejette toute utopie. Ainsi, René BERENGER résume cette lucidité peu optimiste en ces termes : « *Si nous ne rendons pas avec [la cellule] les hommes meilleurs, nous avons la certitude du moins de les empêcher de devenir plus mauvais* »²⁸⁵. Et encore n'est-il pas certain qu'il ait raison sur son deuxième membre de phrase...

La relance de la réflexion sur la politique cellulaire trouve en réalité son coup d'envoi suite à la grande peur suscitée par la Commune. La politique officielle en revient alors à l'option de l'encellulement individuel pour les prévenus et les courtes peines, c'est-à-dire les personnes incarcérées dans les prisons départementales. La loi du 5 juin 1875 qui instaure ce principe en modère cependant les conséquences pour les départements, toujours propriétaires de ces structures : elle n'impose pas la mise en conformité de tous les établissements déjà existants. Par contre, toute nouvelle construction ou modification importante des locaux devra forcément respecter les préceptes du modèle cellulaire, ce qui ouvrira droit, en contrepartie, à une aide financière de l'Etat.

Le lourd travail préparatoire de la Commission d'HAUSSONVILLE a oeuvré dans le sens de cette pacification du débat au profit d'une réflexion dépassionnée axée sur la lutte contre la récidive ; c'est en conséquence son étude, même succincte, qui permet de comprendre de la manière la plus limpide et directe les tenants et aboutissants de cette loi. La Commission, nommée en mars 1872 pour « [...] *étudier les établissements pénitentiaires [et] [...] faire un rapport à l'Assemblée sur l'état de ces établissements et proposer les mesures propres à en améliorer le régime* »²⁸⁶ remet son rapport à son commanditaire le 18 mars 1873. Elle aborde séparément la situation dans les maisons centrales et celle des prisons départementales. En effet, les prisons départementales renferment des prévenus ou des condamnés à de courtes peines. Il est donc difficile de rééduquer des individus sur des temps d'incarcération aussi courts ; cet

²⁸⁵ R. BERENGER, *Annales de l'Assemblée Nationale*, séance du 2/6/1875, p. 314

²⁸⁶ *Annales de l'Assemblée Nationale*, 1er mars 1872, p. 159, cité par R. BADINTER, *La prison républicaine*, op. cit., 1992, p. 23.

emprisonnement ne peut avoir un rôle que répressif, visant à intimider pour punir. Alors qu'encore une fois, la lutte contre la récidive transparait en arrière-plan de ce durcissement d'un régime pénitentiaire déjà peu enviable, on cherche également à lutter contre la corruption entre détenus, lutte ayant échoué du temps de la soi-disant instauration de l'enfermement par quartiers. Tous ces objectifs amènent unanimement à la réinstauration du système cellulaire individuel de jour et de nuit dans ce type d'établissement. La Commission va même au-delà, souhaitant pousser la séparation au point d'empêcher que les détenus s'aperçoivent les uns les autres. Le port d'une cagoule sur la tête au moindre déplacement et le silence absolu, y compris en cellule, participent de ce nouveau régime.

Une réponse est apportée à chacune des objections classiquement soulevées contre le système cellulaire. La commission prend soin, en effet, d'accompagner l'instauration de ce régime de règles encadrant la vie carcérale et évitant au prisonnier de rester prostré dans sa cellule : visites multipliées de personnels de tous ordres, du médecin à l'instituteur en passant par l'aumônier ou le gardien, ainsi que de proches ou de personnes extérieures à la prison comme les sociétés de patronage le garderont de sombrer dans la folie, une surveillance plus constante minimisera le risque de suicide et un exercice journalier d'une durée satisfaisante au grand air garantira sa santé. Pour le reste, la commission reconnaît que la peine est rude mais son travail est effectué dans une optique de durcissement du régime carcéral.

Par contre, la Commission a conscience de l'impact négatif sur l'économie pénitentiaire qu'aurait l'instauration du même modèle dans les maisons centrales. Elle propose donc de ne poser l'encellulement individuel comme principe que pour les prévenus et condamnés à une peine inférieure à un an, et d'instaurer un mécanisme d'incitation à choisir l'encellulement individuel pour les prisonniers condamnés à des peines plus longues. Elle utilise pour ce faire le système des réductions de peines.

Est reproché alors au groupe de travail présidé par d'HAUSSONVILLE l'injustice de son système eu égard aux classes populaires, d'une part, et le fait qu'il avantage finalement les grands criminels par rapport aux petits délinquants voire aux innocents d'autre part. En effet, comme on l'a souligné précédemment, le système cellulaire est plus difficile à supporter pour les personnes non-instruites. En outre, ce régime draconien de l'enfermement individuel complet est réservé aux condamnés à de courtes peines, donc pour de petits actes de délinquance, et aux prévenus, alors que les criminels incarcérés en maisons centrales y échappent. Au contraire même, ces derniers peuvent bénéficier d'une remise de peine s'ils choisissent le régime cellulaire, tandis que ce même régime est imposé aux autres sans compensation. Sur cette querelle idéologique, il semble difficile de trouver un point d'entente. Ainsi, d'HAUSSONVILLE avance pour sa part, en plus des justifications ci-dessus explicitées, le caractère protecteur que revêt la cellule pour la personne innocente.

Lors du vote de la loi, ses opposants se réclament moins d'une autre conception de l'enfermement carcéral que, pour les uns, d'une réforme sociale plus intégrale, visant à remplacer les prisons par des écoles²⁸⁷, pour d'autres de la constitution d'un *corpus* de droits du détenu opposables à l'administration²⁸⁸.

Ceci dit, dès son vote, la mise en application de la loi paraît compromise étant donné l'ampleur des travaux qu'elle sous-entend ; c'est donc encore une fois l'aspect économique du projet qui s'avère l'obstacle majeur à sa réalisation. En effet, sur un plan architectural d'abord, seule une cinquantaine d'établissements départementaux sur 379 sont construits sur le modèle cellulaire, et en outre, parmi eux, la plupart possède des cellules conçues pour plusieurs détenus. De surcroît, la circulaire d'application du 10 août 1875 exige des conditions de vie acceptables et dignes dans les cellules, notamment en matière de chauffage, d'aération, de lumière etc. S'y ajoute la nécessité d'intégralement réorganiser le fonctionnement carcéral, que ce soit au niveau de la surveillance, des visites ou du travail, entre autres exemples.

²⁸⁷ Allusion à la célèbre citation de Victor HUGO : « Ouvrez des écoles, vous fermerez des prisons ».

²⁸⁸ Sont évoqués notamment le droit à avoir un travail précédé éventuellement d'un apprentissage du métier et le droit d'avoir la visite d'un médecin.

En réalité, la loi de 1875 poursuit bien deux objectifs en instaurant le régime de l'encellulement individuel complet, dont le premier serait plutôt à visée humaniste, le second à visée répressive, et ce n'est que la rigueur des modalités de mise en oeuvre de ce régime d'encellulement individuel qui porte le durcissement des conditions carcérales. En effet, en soi, l'encellulement individuel apparaît, déjà à l'époque et depuis l'Ancien Régime, comme une amélioration des conditions de vie du prisonnier ; on se rappelle le luxe que représente la « pistole », accessible uniquement aux détenus les plus fortunés. Mais dans le cadre de ce durcissement carcéral, l'instruction ministérielle du 10 août 1875 prescrit l'application de l'arrêté du 3 août 1843 sur les prisons départementales, arrêté émis à l'époque où la « fureur cellulaire » était à son comble et qui renvoyait à la conception d'une prison « *répressive, dissuasive, rigoureuse, organisée, austère* »²⁸⁹ telle que la défendait TOCQUEVILLE. Le silence absolu y était de rigueur. Le pendant répressif trouve ainsi aussi sa place.

Ceci dit, tous ces projets de papier en restent à la phase abstraite. Le passage au régime cellulaire individuel se révèle d'un coût exorbitant. Derrière les transformations architecturales et les investissements immobiliers, ce sont les charges d'entretien, le besoin de personnel supplémentaire et autres frais annexes qui augmentent. Ce coût prohibitif appelé par la réforme entraîne l'inapplication de la loi de 1875. Ainsi, en 1878 est constaté que dans les prisons de la Seine, département fortuné qui a eu les moyens de se doter d'établissements cellulaires, non seulement le régime cellulaire n'est pas appliqué, mais bien au-delà, les détenus sont enfermés à plusieurs dans ces cellules doubles ou triples, concept contradictoire, on l'a dit, avec l'esprit de la loi de 1875. Les budgets votés restent insuffisants pour mener à bien, et rapidement, la réforme, qui n'intéresse pas l'opinion publique. La mise en oeuvre de l'encellulement individuel va rester ainsi une utopie rampante mais jamais réalisée jusqu'à ce jour, les raisons de son échec restant imperturbablement les mêmes.

En conséquence et dans ce contexte inexorable est signé, le 11 novembre 1885, par le ministre de l'intérieur ALLAIN-TARGE un décret « portant règlement du service et du régime des prisons de courtes peines affectées à l'emprisonnement en commun ». Instaurant des quartiers séparés entre sexes, âges, prévenus et diverses formes de condamnés, voire concédant une gestion à bon compte de la promiscuité dans les établissements qui n'avaient même pas les moyens d'organiser des quartiers, ce décret marque le renoncement implicite à la mise en oeuvre de la loi de 1875. Par contre, cela n'empêche pas l'administration de se montrer extrêmement intrusive dans la vie et l'intimité du prisonnier. Ce texte réglementaire régente au détail près l'existence du prisonnier²⁹⁰.

Après 1890, on reste pourtant sur l'idée que la prison cellulaire serait une panacée. Des mesures sont prises pour tenter d'inciter et de diffuser le régime cellulaire, notamment avec la loi de 1893, proposition de rétrocession du patrimoine carcéral départemental à l'Etat qui aurait dû déboucher sur l'aménagement du régime cellulaire dans toutes ces prisons. Mais le manque d'enthousiasme des différentes parties à la transaction mène la mesure à l'échec. En conséquence, derrière les discours officiels, l'abandon de la loi de 1875 est patent. Reste tout de même que la fin de siècle va voir se construire quelques établissements cellulaires célèbres comme Fresnes. Se voulant un modèle, elle n'enclenche pourtant pas plus que dans les années précédentes la généralisation du régime cellulaire.

Une conclusion s'impose avec évidence à la veille de la Première guerre mondiale : les lois de 1875 et de 1893 ont été des échecs, l'état des prisons est déplorable et la promiscuité continue d'être un des paramètres fonctionnels subis incontournables de la vie au sein de l'institution pénitentiaire.

²⁸⁹ M. PERROT, « Alexis de TOCQUEVILLE et les prisons », dans J.-G. PETIT (dir.), *La prison, le bagne et l'histoire*, Paris-Genève, Librairie des méridiens, coll. « Déviance et société », 1984, p. 109, cité dans R. BADINTER, *La prison républicaine*, op. cit., 1992, p. 81.

²⁹⁰ Cf. *infra*, le développement sur les conditions de vie en prison.

B · AU SEIN DE L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE : DE L'ISOLEMENT AU TRAITEMENT EN COLLECTIVITE

Du côté des asiles psychiatriques, comme cela a été évoqué dans le premier chapitre, l'isolement individuel généralisé au sein de l'institution apparaît, à l'époque de la réforme pinélienne du traitement des aliénés, comme un progrès considérable rompant avec l'entassement collectif connu au sein des hôpitaux généraux sous l'Ancien Régime. Dans un premier temps, le traitement moral ne s'appuyait, en outre, que sur une relation inter-individuelle entre le malade et son médecin, l'exclusivité de cette relation étant même plutôt recherchée.

L'asile devient, considéré sous cet angle, un vecteur de démocratisation du soin psychiatrique de qualité, l'isolement individuel dans une visée soignante étant jusqu'alors un luxe réservé aux aliénés riches. Le principe de l'isolement individuel a également des avantages organisationnels non-négligeables : grâce au système « d'un homme, une case » qui empêche tout contact entre les individus, il permet le rassemblement dans un lieu unique de populations hétéroclites (adultes et enfants, hommes et femmes, toutes pathologies confondues) qu'il ne saurait être acceptable de mélanger d'un point de vue déontologique et thérapeutique. Il permet également de prévenir la violence interindividuelle et de faciliter la surveillance des malades. Mais ce fonctionnement s'appuyait d'abord sur l'image qu'on avait encore du fou au début du XIXe, individu replié sur lui-même, emmuré dans ses propres problématiques. Dès lors que ses capacités d'ouverture à l'Autre et d'intégration dans une vie sociale lui seront reconnues, et même que la vie en collectivité sera érigée en traitement thérapeutique, le confinement en cellule ne sera plus qu'un mode de punition ou un soin exceptionnel dans des cas d'agitation excessive ou de trouble trop important porté à la vie en communauté. Cela amène des modifications de l'organisation interne des asiles, qui doivent se diviser en quartiers afin d'éviter les mélanges délétères entre âges, sexes et surtout types de pathologies.

Les vertus du mode d'internement par isolement individuel ont cependant empêché un glissement linéaire vers le système de l'internement thérapeutique collectif. Ainsi, alors que le changement commence à se dessiner avec PINEL dans la deuxième version de son traitement moral et est approfondi et généralisé avec ses successeurs, le système cellulaire reste encore dans le discours officiel en 1833. D'un côté donc, les dortoirs, la prise des repas en commun, l'organisation d'ateliers où les malades sont rassemblés pour travailler ensemble apparaissent progressivement dans les asiles entre 1805 et 1840. De l'autre, les enquêtes administratives²⁹¹ continuent de s'appuyer sur le nombre de loges comme unité de compte de la capacité d'accueil des asiles. Le retard de la province sur Paris se fait également largement sentir à cet endroit²⁹².

L'organisation d'une vie collective amène à reconnaître à l'aliéné sa dimension d'« animal social », à la lui faire apprivoiser et ainsi, à le réhabituer à la vie en société, toujours dans la perspective d'un retour à la société, à terme, de tous ces malades. La reconnaissance d'une humanité au fou atteint donc un degré supérieur. Comme l'énoncent si justement Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, on passe alors « [...] de l'appartenance abstraite de l'aliéné à l'ordre des êtres de sens et de communication [...] à l'appartenance concrète à l'univers des êtres sociaux, attestée par la faculté de coexistence autonome et immédiate avec autrui. »²⁹³. Pour ce faire, ce sont tous les moments de la vie quotidienne qui sont communautarisés, car ce sont dans les actes les plus ordinaires de la vie courante qu'apparaissent en premier lieu les habitudes sociales, les codes et rites à respecter, la base-même de la vie en société. La prise des repas en réfectoire est à ce niveau particulièrement lourde d'enjeux. Par ailleurs, toute la journée de l'aliéné est occupée. Le travail va notamment venir prendre une place prépondérante dans ce cadre, chacun participant à la survie en autarcie de l'institution. L'atelier, du moins chez PINEL,

²⁹¹ A l'exemple de celle qui a donné lieu à la circulaire du 14 septembre 1833 adressée par le ministère du Commerce et des Travaux publics aux administrations départementales.

²⁹² Ainsi, le système cellulaire est resté ancré jusqu'aux années 1850 alors que le dortoir collectif est admis comme principe depuis 1820-1825 dans le cénacle parisien. C'est ainsi également que l'asile d'Evreux fonctionne encore sur le système cellulaire en 1866.

²⁹³ M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p. 173.

est également un lieu potentiel de bavardages, permettant par un second biais la resocialisation des individus.

Par contre, l'isolement individuel, répercussion directe de la mise en oeuvre de l'isolement institutionnel, demeure une réalité durable sur le plan relationnel : il consacre la rupture avec la société extérieure. Ainsi que cela a été présenté dans le cadre de ce principe institutionnel, sorties, correspondances, visites sont autant de décisions laissées au bon gré du médecin ; les internés se voient souvent coupés, parfois de manière étanche et durable de leurs proches. Attitude qui s'appuie sur le concept pérenne du milieu social pathogène, mais qui est fortement dénoncé, comme absurde par la psychiatre Gladys SWAIN et son compagnon d'écriture, le philosophe Marcel GAUCHET. Il reste vital pour tout individu de conserver un lien avec la société et plus spécialement avec ses origines, en tout cas son milieu de vie premier. L'Homme reste malgré tout « situé » et il a besoin de repères pour se (re)construire ; libre à lui ensuite d'accueillir ces points d'ancrage ou de s'inscrire en faux par rapport à eux. Il doit en tout cas continuer de se poser en sujet par rapport à ce milieu dont il sort et qu'il connaît.

Il est par ailleurs intéressant de remarquer que ce sont les mêmes qualités qui retiennent les pensées des décideurs quant à la solution à adopter au sein de l'institution psychiatrique et au sein de celle carcérale. Toute la réflexion sur les systèmes pénitentiaires auburnien et philadelphien peut être transposée ici dans la mesure où elle reste une étude des différents modes d'enfermement imaginables. Reste ensuite à vérifier la pertinence de chaque système par rapport aux enjeux de l'institution psychiatrique. Et de ce point de vue, les avis divergent : si, au sein du cercle parisien du moins, l'encellulement individuel complet paraît archaïque et inapproprié à la nouvelle approche de la folie, l'encellulement de nuit conserve un certain nombre d'adeptes²⁹⁴. En effet, l'existence en commun est désormais reconnue comme le mode normal de vie pour les aliénés, mais par contre, on reste persuadé que les malades sont incapables de gérer leur comportement social et leurs rapports inter-individuels s'ils sont laissés à plusieurs sans surveillance. Ces positions théoriques restent cependant très évolutives et l'enfermement asilaire, on l'a vu, glisse en réalité vers une vie collective complète à tous les moments de la journée.

Au final, cette étude croisée de l'isolement individuel, dans l'institution pénitentiaire d'une part, dans l'institution carcérale d'autre part, fait ressortir en contrepoint l'ampleur de l'impact de cette modalité d'enfermement sur les conditions de vie de l'individu, mais surtout sur l'individu lui-même : c'est son état mental, sa vie en tant que personne humaine située dans un réseau relationnel, en un mot ce qui la fait un être humain, qui est directement touché par cet isolement. Or, on perçoit à travers ces exposés combien l'isolement est un outil utilisé par chacune des deux institutions autant dans une visée basement organisationnelle que dans une optique d'assujettissement de l'individu qui lui est confié. Un assujettissement qui peut se vouloir humaniste dans ses objectifs, mais qui oublie, ou s'accommode sans scrupule selon les cas, un point crucial : la réification de l'individu enfermé qu'il met en place.

Dans tous les cas, face aux mêmes modalités d'enfermement, ce n'est pas forcément la même réponse qui sera choisie dans les deux institutions. Au contraire, même, puisque finalement, dans le discours, c'est bien l'enfermement cellulaire qui a la faveur au sein de l'institution carcérale alors que les aliénistes l'évincent progressivement de l'institution psychiatrique. Le même type de divergences traverse l'approche du travail entre les deux institutions.

²⁹⁴ GEORGET s'est notamment manifesté en ce sens en 1823 dans son article « folie » tiré du *Dictionnaire de médecine*, 1ère édition, tome 9, cité dans M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain*, op. cit., 1980, p. 172.

II. LE TRAVAIL : PLURALITE DES SENS SELON L'INSTITUTION, UNE MEME PREGNANCE SUR LES CONDITIONS DE VIE INDIVIDUELLES

A une vision purement thérapeutique mais déviée à terme sur une activité à forte résonance économique, vitale pour l'institution asilaire s'acheminant vers le paradigme de la micro-société (A) répond un travail pénal immédiatement affiché sur le plan individuel comme soutien économique, en plus de punitif, et qui ne répond pas aux espoirs placés en lui sur ce plan (B).

A · DANS LE CADRE DE L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE, UNE VISION STRICTEMENT THERAPEUTIQUE PERVERTIE

Le rôle donné au travail dans chacune des deux institutions a peu de points communs : dès PINEL, qui fait figure d'esquisse dans ce domaine par rapport à ses successeurs, l'occupation laborieuse endosse une fonction thérapeutique dite « active », complémentaire de la thérapeutique « passive » que constitue l'enfermement. « *Il importe surtout* », pour reprendre les termes d'ESQUIROL, « *de substituer à une passion imaginaire une passion réelle* ». Lutter contre l'oisiveté, donc – et on rejoint sur ce point le concept théorisé par l'institution carcérale –, mais dans une perspective de détourner le malade de ses chimères et délires. Proposer des tâches physiques et accaparantes pour l'esprit, qui maintiendront l'aliéné en bonne santé et surtout qui assureront l'ordre au sein de l'institution grâce à la discipline inhérente, on l'a vu, à toute activité industrielle. Le modèle de règlement du service intérieur des asiles d'aliénés du 20 mars 1857 reste sur cette conception du labeur, qu'il déclare « [...] *institué, dans l'asile, comme moyen de traitement et de distraction pour les malades* »²⁹⁵.

Le travail, c'est aussi chez PINEL le réapprentissage de la vie sociale, ramenant les convalescents à se côtoyer et à prendre conscience les uns des autres, à discuter tout en oeuvrant dans le cadre des ateliers et à se replacer socialement, à se stimuler mutuellement à se projeter de nouveau dans la société extérieure par ces discussions à bâtons rompus sur leur future sortie. Selon LEURET, l'acceptation docile et l'accomplissement correct des tâches qui lui sont imparties par un malade peuvent également être considérés par le médecin comme une preuve de sa capacité à subvenir de manière autonome à ses besoins.

Mais le lien entre satisfaction donnée par le malade dans son travail et sortie reste conditionnel. Ainsi, plus directement, pour BOUCHET²⁹⁶ par exemple, il s'agit d'une réappropriation d'un métier et d'une place sociale dans un contexte thérapeutique, d'isolement, qui ôte à l'aliéné toutes les angoisses provoquées, chez lui par « *les luttes intellectuelles et morales de la vie sociale* »²⁹⁷. C'est une volonté d'avancer dans une perspective de réinsertion sociale mais rien ne promet son succès. Peut-être la réussite se limitera-t-elle envers l'accomplissement du travail, ne s'obtiendra-t-elle que dans le cadre protégé de l'institution, empêchant toute autonomisation plus avancée de l'aliéné. Echec de la vocation de guérison de l'institution, alors, et chronicisation du séjour du malade. Mais malgré tout, peut-être, une forme de succès pour l'époque : voici des individus perdus pour la société qui trouvent une nouvelle place à leur mesure, leur redonnant un statut social, mais dans une institution parallèle. Parfois même pourront-ils mettre à profit leur expérience professionnelle antérieure. Sans compter l'importance que met un BOUCHET, comme on a pu déjà l'évoquer, dans la conscience par les malades, de l'utilité de leur travail. Il s'agit donc davantage de les faire travailler à leur propre bénéfice, à l'amélioration de l'institution ou aux tâches de la vie quotidienne, qu'à des activités à visée économique comme des ateliers ouverts sur la production de marchandises destinées à la

²⁹⁵ Article 150 de l'arrêté du 20 mars 1857 « portant modèle de règlement du service intérieur des asiles d'aliénés et leur commentaire dans la circulaire du 20 mars 1857 ».

²⁹⁶ Camille BOUCHET a été le médecin-chef de l'hôpital général de Saint-Jacques à Nantes, et notamment de son quartier d'aliénés entre 1833 et 1854.

²⁹⁷ C. BOUCHET, « Du travail appliqué aux aliénés », *Annales Médico-Psychologiques*, 1848, vol. 12, p. 308.

vente dans le siècle.

Ce n'est pourtant pas l'avis de LEURET qui préférerait voir le travail organisé à l'asile « *absolument comme dans une manufacture* »²⁹⁸, afin de s'assurer d'une réadaptation sur mesure des aliénés à la vie et aux normes qu'ils retrouveront hors de l'institution. Faute de telles industries, l'instauration de fermes dans les asiles font l'affaire de ces aliénistes convaincus en premier lieu de la lutte à mener contre le « *vide* »²⁹⁹ asilaire. Ceci dit, ce n'est pas cette forme de travail, on l'a vu, qui va primer au sein de l'institution asilaire au cours de XIX^e siècle.

Il s'agit également de s'adapter aux capacités et à la maladie de chacun. Ainsi, le choix de l'activité est normalement une décision exclusivement médicale. BOUCHET le revendique comme tel et met un point d'honneur à entériner de manière journalière, individuellement, les propositions d'activités posées par les surveillants en fonction de la conduite observée par le malade. On remarque, à travers ses propos, que c'est un véritable suivi infirmier qu'il met en place afin d'adapter au plus juste son traitement thérapeutique, sollicitant d'éventuelles remarques « *utiles au traitement* »³⁰⁰. Il en tire l'importante conclusion que les malades ne se sentent ainsi pas exploités mais ont bien conscience que c'est une visée médicale et thérapeutique qui préside à ces injonctions de travail. Revenant à la réalité constatée, l'historien Claude QUETEL relativise cette situation idéale : généralement, les médecins sont en nombre trop restreint par rapport à celui des malades pour pouvoir s'occuper de l'attribution individuelle des tâches aux aliénés, et ce quotidiennement ; le rôle en revient alors au surveillant-chef. L'historien est même plus péremptoire : au fil du temps, la théorie autour du « travail thérapeutique » ne devient plus que masque posé sur une activité réellement laborieuse, sans autre visée que de faire fonctionner l'institution. Il ne s'agit plus d'activités « occupationnelles » mais un travail à temps complet, sur plus de dix heures journalières ; un emploi du temps digne des ouvriers « normaux », libres.

Et ainsi, si l'on en croit Monsieur QUETEL, le travail n'était pas officiellement une obligation pour les aliénés, mais leur refus de travailler les conduisait à subir un certain nombre d'inconvénients en guise de rétorsion, la plus lourde paraissant la rétrogradation, en déplaçant le malade vers un quartier où la vie est plus pénible. Mesure strictement médicale dans le discours, toujours, éventuellement fondée sur un recul du processus de guérison : la punition reste travestie. Quant au système s'épanouissant au sein de l'asile, la boucle se referme : partant d'une utilisation purement thérapeutique du travail, en tant qu'activité auxiliaire au but principal d'un hôpital psychiatrique, le traitement de la folie, on débouche sur une institution fonctionnant comme une entreprise autarcique, une micro-société dont le but principal est de survivre et qui asservit toutes ses activités et son « personnel » à cette fin.

On ne se préoccupe cependant, dans ce cadre, que de la frange la moins aisée de la population. Un certain nombre de malades, dits « pensionnaires » et appartenant aux classes aisées, n'étaient, bien entendu, pas concernés par cette instauration du travail à l'asile. Il s'agit alors, pour l'aliéniste, de transformer le vecteur thérapeutique laborieux en activités de loisir qui auraient la même emprise sur le corps et l'esprit de ces malades aisés. Là encore, la recherche de la réintégration sociale s'applique pleinement – on peut même considérer que c'est de son fait que ces malades fortunés échappent à l'obligation laborieuse : il s'agit pour l'aliéniste de réintégrer chacun à sa place originelle dans la société, et non pas de jouer la carte de l'égalité sociale³⁰¹. Adaptation de la tâche attribuée à la situation individuelle de l'aliéné, ce qui exige également, dans la mesure du possible, une grande diversité d'occupations potentielles, appelant tous les degrés de développement mental.

²⁹⁸ LEURET, *Le traitement moral de la folie*, p. 168, cité par M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain.*, op. cit., 1980, p. 191.

²⁹⁹ Expression empruntée à Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, qui fait écho, de manière certainement non dénuée d'intention, au « vide carcéral ».

³⁰⁰ C. BOUCHET, « Du travail appliqué aux aliénés », op. cit., 1848, p. 314.

³⁰¹ Cf. à ce sujet notamment C. BOUCHET, « Du travail appliqué aux aliénés », op. cit., 1848, pp. 312-313.

B · DANS LE CADRE DE L'INSTITUTION CARCERALE, UNE VISION ECONOMIQUE ET PUNITIVE

Au contraire, dans l'institution carcérale, le rôle rédempteur voire thérapeutique du travail, un temps clamé lors de l'adoption du Code pénal de 1791 et dans les années qui suivirent, est abandonné dès les premières décennies du XIX^e siècle. Les hommes de ce siècle se veulent lucides. Déjà, dans le concept des maisons centrales³⁰², il s'agit en premier lieu d'alléger les finances publiques du poids de l'entretien des condamnés aux longues peines. On abandonne progressivement l'utopie du rachat par la peine privative de liberté ramenant le détenu dans le droit chemin.

Abordant la question sous un angle économique, une étude proposée en 1933 par Georg RUSCHE³⁰³ tend à décrypter les liens entre régime de la peine et marché du travail : il analyse ainsi l'impact du second sur le premier dans un système qui ne donne pour finalité à la peine que la dissuasion de passer à l'acte délictueux pour la couche sociale la plus encline au crime selon les époques. Jacques-Guy PETIT transpose cette analyse à la situation française du début du XIX^e siècle, posant la thèse que pénurie de main d'oeuvre dans la société industrielle rime avec développement des centrales et amélioration du régime de vie en leur sein. La valeur du travail y est défendue. C'est à ces époques que les idées humanistes de rédemption tentent éventuellement de ressurgir : face à un niveau de vie et de salaire tendant à remonter du fait de cette situation économique créant un appel de main d'oeuvre, la punition n'a plus les mêmes enjeux en termes de dissuasion contre le crime. Il ne s'agit plus d'offrir au délinquant des conditions encore plus dures que celles qu'il connaît dehors où il manque de tout mais de le faire travailler utilement pour combler les manques de moyens humains. Le détenu est surtout rassuré car il a conscience d'être une force indispensable à la bonne marche de l'économie du pays, que l'institution pénitentiaire – et derrière elle, l'Etat – ont tout intérêt à les conserver en bonne santé afin qu'ils opèrent en travailleurs rentables. On en déduit que c'est à ces époques également que le régime de vie s'assouplit et que la condition carcérale se montre plus clément.

Dans le sens inverse, l'autre versant de la thèse pose le travail-châtiment en concept-clef des périodes de chômage dans la société civile, où les manufactures carcérales deviennent plutôt des parasites embarrassants sur un plan économique. Périodes où le régime carcéral connaît un regain de sévérité comme au tournant répressif de 1839. Cependant, cette analyse, éclairante sous plusieurs aspects, n'en est pas moins critiquable à plus d'un titre. Jacques-Guy PETIT le démontre notamment en faisant entrer les galères et les bagnes dans le modèle de RUSCHE, deux modes de punition qui soulignent les lacunes théoriques³⁰⁴ de l'analyse ruschienne. Plus simplement, on peut remarquer que la crise économique de 1848 a mené à la suspension du travail dans les prisons, et non à un durcissement du régime.

Il n'en reste pas moins vrai que le régime du travail carcéral, et plus largement les conditions de vie au sein de l'institution pénitentiaire, suivent les fluctuations des difficultés à vivre pour les classes les plus pauvres de la population libre. L'opinion publique est attentive – et cela se vérifie toujours à l'heure actuelle – à ce que le niveau et les conditions de vie en prison, donc corollairement la dureté du travail, restent toujours inférieurs à ceux de la classe sociale libre la plus pauvre, sans quoi elle gronderait à l'injustice.

Le travail est en tout cas un des piliers du fonctionnement des maisons centrales, permettant assurément le maintien de la discipline au sein de l'institution, comme on a déjà pu l'expliquer précédemment. C'est bien ce qu'a pu faire ressortir, *a contrario*, la courte expérience de la suspension du travail carcéral de 1848, qui a permis les émeutes carcérales éclatant à partir du mois de février. Le gouvernement provisoire reconnaît alors, par la voix de Jules FAVRE,

³⁰² Les deux premières maisons centrales ont ouvert leurs portes à Gand et à Vilvorde en 1801, lançant toute une lignée de projets qui ont abouti dans les deux décennies suivantes.

³⁰³ G. RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 3, pp. 215-228.

³⁰⁴ Ce ne sont pas les seuls arguments de sa démonstration. Pour plus de détails, cf. J.-G. PETIT, *Ces peines obscures.*, op. cit., 1990, pp. 411-412.

que « *sans le travail, il serait impossible d'obtenir de l'ordre dans les prisons* »³⁰⁵.³⁰⁶ Les directeurs de centrales ne sont pas insensibles, lorsqu'on les interroge, sur l'amélioration morale (au sens psychologique du terme) de leur condition que cette occupation procure aux détenus.³⁰⁷ Même le républicain Jules SIMON, par ailleurs virulent contre le système de l'entreprise générale, reconnaît combien « *il serait trop dangereux et trop cruel de renfermer des hommes ou des femmes pour les livrer à l'oisiveté ou pour leur imposer un travail absolument improductif* »³⁰⁸. SALAVILLE, directeur de la maison centrale de Clairvaux, résume la situation de manière lapidaire : au sein des centrales, le travail se révèle « *à la fois la récompense et le châtiment* »³⁰⁹.

Le châtiment, qui devient effectivement la dominante dans la vision du travail carcéral à partir de 1839 et au moins jusqu'en 1843. Cependant, même durant ces périodes répressives et quel que soit l'état de la situation économique du pays, les gouvernements successifs se refusent avec constance à contraindre les détenus à des tâches inutiles, contrairement à l'Angleterre par exemple, instauratrice d'un *treadmill* ou « moulin de discipline » totalement improductif. On rejoint d'ailleurs dans ce cadre la position de médecins comme BOUCHET dans les hôpitaux psychiatriques. Sans doute faut-il lire, dans ce principe, un reste d'humanisme, car quelle peine serait plus cruelle que d'être contraint de s'acharner à une tâche que l'on sait absolument gratuite ?

Il n'en reste pas moins que la volonté du Gouvernement en 1839 est clairement de durcir la condition carcérale, trop douce à son goût. Le tournant répressif est rude au plan des conditions de vie et de la discipline, et l'intensification du travail y joue un grand rôle. Selon GASPARDIN, en effet, « [...] *d'autres [directeurs de maisons centrales], en plus grand nombre, j'ai le regret de le dire, semblent n'[...] avoir vu [dans les lois pénales] qu'une simple mesure d'ordre et de discipline, qu'une prescription entièrement établie dans l'intérêt des condamnés et propre surtout à adoucir leur captivité [...]. Il était urgent d'adopter les règles répressives de la réforme pénitentiaire. Il faut donc, à l'avenir, que le travail pèse aux condamnés comme châtiment, comme contrainte ; et pour cela, l'administration doit exiger que chacun d'eux travaille constamment, sans interruption et autant que ses forces le lui permettent.* »³¹⁰

Le vide apporté ensuite à la vie des prisonniers par la Révolution de 1848 et son décret suspendant le travail carcéral se révèle rapidement délétère pour la vie des établissements pénitentiaires. La réorganisation du travail en prison dès 1849, non démentie ensuite sous les régimes suivants, permet de remettre en place un système un peu plus souple pour les travailleurs.

Mais par-delà travail et isolement, c'est une vision d'ensemble de la vie quotidienne dans les deux institutions qui peut permettre de prendre la mesure de la condition faite aux deux populations enfermées au sein des institutions totales.

³⁰⁵ Circulaire du 21 avril 1848 sur la réorganisation des travaux dans les maisons centrales.

³⁰⁶ Cependant, un doute a pu planer un temps quant à l'intérêt du travail ou au contraire son désavantage envers la condition du prisonnier : une amélioration de la santé des détenus de droit commun est en effet scientifiquement relevée par FERRUS, médecin inspecteur sanitaire des maisons centrales. Les taux de mortalité et de morbidité diminuent durant cette période de suspension du travail dans ces établissements. Mais le médecin démontre que c'est moins l'absence d'activité laborieuse que la disparition inhérente de l'exploitation abusive des travailleurs par les entrepreneurs, aussi bien dans les ateliers que dans les réfectoires, qui permet une telle amélioration.

³⁰⁷ Ce que GASPARDIN établit, à son grand dam, en 1839. Cf. citation *infra* tirée de l'Instruction et arrêté sur le nouveau régime disciplinaires des maisons centrales, 10 mai 1839.

³⁰⁸ J. SIMON, *L'Ouvrière*, 1861, cité par J.-G. PETIT, *Ces peines obscures.*, op. cit., 1990, p. 409.

³⁰⁹ Cité par J.-G. PETIT, *Ces peines obscures.*, op. cit., 1990, p. 410.

³¹⁰ Instruction et arrêté sur le nouveau régime disciplinaires des maisons centrales, 10 mai 1839

III. AU-DELA DU TRAVAIL, LA VIE QUOTIDIENNE : QUESTIONS SUR LE RESPECT DE L'HOMME

Quoique les conditions de vie faites aux aliénés internés, généralement peu attentives aux droits et à la dignité des malades, paraissent difficiles (B), elles ne sont en rien comparables avec la dureté de la vie carcérale, allant jusqu'à la négation de l'être humain dans les centrales (A).

A · LA VIE SORDIDE DES PRISONNIERS DANS LES PRISONS FRANÇAISES

Le fossé apparaît important entre la vie faite aux détenus dans les prisons départementales, rude mais supportable et encore soumise à des disparités en fonction de la fortune du prévenu ou du statut pénal du prisonnier (2) et celle réduisant l'homme au statut de bête de somme connue dans les centrales (1).

§ 1. La vie inhumaine dans les centrales : l'emballlement répressif niant l'être humain

Les conditions de vie carcérales demeurent sordides et vont aller en empirant durant la première moitié du XIX^e siècle. Ainsi, la nourriture fournie aux détenus est notoirement insuffisante, surtout par rapport à l'exploitation à laquelle ils sont soumis par les entrepreneurs. Les prisonniers sont donc contraints d'utiliser leur pécule hebdomadaire pour l'achat du complément alimentaire indispensable à la cantine. Un pécule qui va se voir réduire à partir de 1844³¹¹, mais surtout, qui ne va plus être distribué sous forme d'argent de poche dominical aux détenus³¹². Il est en effet considéré comme trop généreux pour des infracteurs graves aux règles et valeurs de la société, et surtout il est vu comme leur permettant, selon la rumeur populaire, de faire bombance le dimanche.

Ainsi, alors que la vie en prison reste basée sur cette exploitation d'une force de travail mal nourrie et séquestrée dans des conditions d'hygiène et de salubrité déplorables, la peur de la criminalité, dans un climat politique tendu au plan sécuritaire – un nouvel attentat vient d'être perpétré contre Louis-Philippe, au mois de juin 1836 –, amène le futur Ministre de l'Intérieur GASPARDIN à durcir officiellement les conditions de détention. Le mythe de la « prison-paradis », qui floue tout le monde jusqu'au ministre³¹³, joue en défaveur des détenus. Parallèlement à la résurgence de la doctrine cellulaire, le virage répressif se manifeste également par l'adoption, dès juin 1836, de plusieurs règles renforçant la rigueur du régime des prisons centrales : restriction des visites autorisées, limitation et contrôle plus appuyé de la correspondance font l'objet de deux circulaires, avant que ne soit adopté le rude arrêté du 10 mai 1839 pour les maisons centrales. Ce dernier astreint les condamnés à un silence *quasi* absolu³¹⁴,

³¹¹ Ordonnance du 27 décembre 1843 « sur la répartition du produit du travail des condamnés dans les maisons centrales », puis instruction et arrêté du 28 mars 1844.

³¹² Jusqu'en 1843-1844, un tiers du salaire versé en échange de son travail est en effet mis à disposition du détenu tous les dimanches, un deuxième tiers, intouchable immédiatement, étant conservé pour le jour de sa libération, le dernier tiers étant prélevé par l'administration au titre de la contribution personnelle des condamnés à leur entretien, un prélèvement qui, dans son principe, ne cessera qu'en 2003. (cf. notamment l'Ordonnance royale du 2 avril 1817 « sur les maisons centrales et l'Instruction du 7 août 1838 sur les dépenses personnelles des prévenus et accusés et des condamnés correctionnels qui subissent leur peine dans les prisons départementales »).

³¹³ Ce dernier n'hésite pas, en effet, à dénoncer des règles envers les détenus, qu'il juge trop laxistes : « Que les directeurs soient même avertis que les considérations de haute moralité publique exigeront un jour, et bientôt peut-être, la réforme d'un ordre des choses qui consiste à fournir aux condamnés, aux frais de la société qu'ils ont troublée, une nourriture suffisante et saine, des vêtements, un coucher, en un mot, tous les premiers besoins de la vie, et à mettre en même temps à leur disposition les deux tiers du produit de leur travail. » (M. de GASPARDIN, « Instruction du Ministre de l'Intérieur concernant l'arrêté sur le nouveau régime disciplinaire des maisons centrales du 10 mai 1839 », Code des prisons, Tome I, p. 244).

³¹⁴ Article 1er de l'arrêté du 10 mai 1839

supprime l'argent de poche dominical³¹⁵, limite fortement les denrées disponibles à la cantine³¹⁶, augmente le rendement demandé aux prisonniers en imposant une production journalière ou hebdomadaire et multiplie les peines disciplinaires.

D'autres prescriptions administratives viennent, dans les années suivantes, allonger la durée du travail en parallèle à la réduction de salaire signalée précédemment. Notamment, l'arrêté du 29 mai 1842 rend obligatoires les veillées entre les mois d'octobre et de mars.

Cette exploitation à outrance des prisonniers, débordant même les aspirations des entrepreneurs généraux, cumulée à ces restrictions, soulignent la position adoptée par le gouvernement : une volonté de rendre le plus pénible possible la peine de prison, ne plus lui reconnaître que sa dimension de châtement, faire du parcours du condamné uniquement une succession de brimades et de souffrances. Comme l'exprime GASPARDIN dans son commentaire de l'arrêté, «[l]a vie d'un condamné ne doit jamais cesser d'être grave et soumise à une discipline sévère et au besoin rigoureuse : le travail doit être la seule distraction »³¹⁷. La gratuité de la privation du tabac par l'arrêté de 1839 ressort ainsi dans toute son acuité. En effet, quel autre intérêt avait le ministre à poser une telle interdiction, sur un des derniers plaisirs accordés aux détenus ?

La tonte des cheveux, qui aurait pu apparaître comme une mesure préventive d'hygiène, se révèle également voulue comme une brimade par l'administration pénitentiaire centrale si l'on en croit la circulaire du 20 mars 1868³¹⁸. Preuve s'il en faut que ce désir de vengeance envers le détenu et d'expiation douloureuse à lui infliger transpire dans tous les détails de la vie quotidienne des prisonniers et ne s'atténue qu'avec la III^e République. Comme l'exprime Jacques-Guy PETIT, « [n]ous voyons bien comment la simple privation de liberté prévue par le Code pénal est perçue par le pouvoir administratif comme un cadre vide à remplir par de minutieuses vexations et souffrances, par de multiples peines cachées. »³¹⁹. Il est vrai que, si l'on en croit le témoignage d'un ancien détenu de Melun en 1842, même lecture et écriture sont proscrites durant ces années noires³²⁰.

En fait, si la rigueur est marquée dans les textes et s'avère surtout un signal politique à la population française, elle est en réalité déjà installée dans les prisons bien avant ces prises de position d'affichage : ainsi, selon les régions, les prisonniers des centrales ont l'habitude de se lever dès 4 heures du matin en été, 6 heures en hiver, pour accomplir des journées de dix à treize heures de labeur. Les temps de travail ne sont entrecoupés que par deux repas suivis de deux promenades. Deux heures de détente relative, auxquelles se rajoute une dernière heure consacrée aux autres activités, ce sont les seuls moments accordés aux prisonniers dans leur journée. La règle du silence absolu est ainsi un nouveau raffinement, particulièrement subtil et pratique pour l'administration pénitentiaire. Impossible à respecter pour un être humain, elle offre un prétexte récurrent de punition des prisonniers et permet ainsi aux gardiens de les tenir encore plus à leur merci. L'idée est ici de recréer artificiellement une cellule autour du détenu, qui doit s'emurer dans une solitude intérieure propre à l'expiation et surtout, prévenir toute corruption mutuelle entre condamnés. La nouvelle doctrine pénitentiaire s'appuie en effet sur la volonté de mater par tout moyen le détenu. D'où également la pratique obligatoire d'une

³¹⁵ Ainsi, désormais, les détenus ne peuvent effectuer des dépenses qu'après autorisation et par le biais de bons. Ils n'ont plus directement accès à leur argent.

³¹⁶ Vin et tabac sont désormais interdits, et ne sont plus disponibles à la vente que de frustes compléments alimentaires : pain (mais pas plus de 750 grammes), des pommes de terre à l'eau, du fromage et du beurre, et ce pour une somme maximale de 15 centimes par jour.

³¹⁷ Instruction du Ministre de l'Intérieur concernant l'arrêté sur le nouveau régime disciplinaire des maisons centrales du 10 mai 1839, *Code des prisons*, Tome I, p. 242.

³¹⁸ Cette circulaire réprimande les directeurs de centrale qui autorisaient les détenus sur le point d'être libérés de se laisser repousser les cheveux quelques mois avant leur sortie afin d'épargner à ces derniers une stigmatisation remettant en cause leur réintégration dans la société. Le ministre de l'Intérieur juge en effet comme « une atténuation du châtement » inacceptable cette liberté prise avec la règle stricte de la tonte des cheveux.

³¹⁹ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 491

³²⁰ Témoignage du menuisier SANREY relevé par J.-G. PETIT et cité dans *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 491.

religion, de préférence le catholicisme redevenue religion d'Etat en 1814.

Quant aux punitions disciplinaires, elles ne sont pas strictement encadrées avant l'instruction de 1842 et peuvent donc prendre des formes cruelles, révélant par là toute l'inhumanité d'une prison vouée, notamment, à l'entreprise générale, son rendement et la protection de son patrimoine. Il s'agit de maintenir une discipline de fer dans ces manufactures carcérales ; entre un métier brisé et un prisonnier, c'est de l'individu qu'on préfère faire peu de cas, en lui infligeant des punitions telles que le « cachot avec fers » qui montreront l'exemple à ses congénères et les dissuaderont, on l'espère, de commettre des dégradations similaires. Ainsi, même après les recommandations de 1842, des supplices continuent à être pratiqués, illégalement ou de manière plus sounoises : bon nombre d'entre eux, créations authentiques, ne sont pas recensés au titre des punitions et basculent dans le monde des mesures arbitraires donc inconnues du droit³²¹. Un texte du 21 octobre 1848 tente d'interdire plusieurs de ces pratiques, visant expressément plusieurs d'entre elles³²² mais ces diverses mesures demeurent en vigueur sous le Second Empire. L'usage de ces supplices ne s'amenuise qu'avec la Troisième République... mais pour être remplacé par une nouvelle forme : la salle de discipline, qui s'avère encore plus redoutée que le cachot³²³. Sa valeur dissuasive est telle qu'elle permet un maintien étonnant d'une discipline exemplaire dans les prisons françaises.

Cependant, ce redoublement de rigueur s'avère rapidement contre-productif, la détérioration des conditions de vie et la faiblesse du gain par rapport à la difficulté du travail accompli drainant la démotivation, sans compter que ce revenu reste trop faible pour permettre d'obtenir un complément de nourriture suffisant pour être productif. Ces règlements trop sévères détruisent, à terme, la force de travail. En conséquence, et parfois également par humanité ou par appât du gain, des entorses à la règle sont perpétrées par les directeurs de prison comme par les entrepreneurs. De confortables récompenses ou gratifications sont ainsi distribuées aux bons travailleurs, en nature ou en argent.

Le Second Empire se convertit à cette politique au final plus moralisatrice et productive que celle qui l'a précédée. Le système se rééquilibre donc, avec un jeu de récompenses ou punitions selon l'attitude du prisonnier et son assiduité au travail. Il est certain qu'après 1852, les conditions du travailleur en maison centrale s'assoient durablement sur une amélioration. La remise à plat des contrats d'entreprise générale et la limitation des fraudes entrepreneuriales ainsi que la diversification des ateliers permettent une meilleure supportabilité de cette condition.

Reste qu'une véritable « aristocratie » est instaurée au sein des détenus par l'administration, des contremaitres et des prévôts des dortoirs³²⁴ étant désignés et dotés de

³²¹ Bains froids ou privations de paillasse et matelas, non référencés, côtoient donc les illégaux « passages à tabac » ou la perpétuation des flagellations etc.

³²² La pratique du « piton », celle de la « cangue » (supplice obligeant le puni à transporter un très lourd sac de cailloux alors qu'il est chaussé de hautes bottes de postillon, alourdies pour l'occasion de 50 livres chacune. Harcelé par les gardiens à l'aide d'un bâton pointu, il doit marcher ainsi jusqu'à épuisement complet), ou les menottes dans le dos peuvent être citées à titre d'exemple.

³²³ La mesure dite « de la salle de la discipline » consiste à obliger les punis à marcher huit heures par jour dans une salle non-chauffée, à un rythme soutenu, les amenant à effectuer vingt-cinq kilomètres par jour. N'étant nourri qu'au pain et à la « soupe claire », ils n'ont droit de s'asseoir que de temps à autre sur une pierre. Lorsqu'ils atteignent leur limite et ne peuvent plus marcher, les gardiens les ligotent dans leur camisole et les trainent, à terre, devant leurs congénères.

³²⁴ Cette fonction-clé pour le maintien de la discipline intérieure est un important privilège pour un détenu. Le nommé est généralement un condamné à une longue peine voire un récidiviste, souvent intelligent et hypocrite, sachant jouer d'une apparente docilité envers l'administration. Etant censé garder la discipline dans les dortoirs, il se doit de dénoncer ses congénères ayant commis une entorse à la règle. Or, ayant en conséquence davantage la confiance de l'administration que ses compagnons, il peut se permettre de jouer de ce pouvoir, et faire chanter ses victimes. Ainsi, soustraction de somme d'argent -ou « racket » - notamment sur les entrants, éventuel droit de cuissage sur les plus jeunes détenus etc. sont des pratiques courantes des prévôts. En outre, il a accès de droit, en complément de son titre, à un nombre important d'avantages non-négligeables pour un condamné en centrale : des vêtements de meilleure qualité, la dispense de toute corvée etc. En toute logique, ces détenus favorisés sont donc haïs autant que craints par leurs congénères et sont généralement les victimes des rares représailles sanglantes dont les maisons centrales sont le théâtre de temps à autre.

pouvoirs disciplinaire et de commandement sur les autres détenus. Elle s'assure ainsi, par le biais d'un régime inégalitaire qui insuffle jalousies et divisions entre les détenus, une discipline plus aisément maintenue.

Avec un peu de recul, on peut comparer l'emploi du temps des journaliers, ouvriers ou paysans les plus pauvres, avec celui des condamnés incarcérés en maison centrale. La longueur des journées est semblable, le travail aussi difficile. Reste que les hommes libres sont exempts de toutes les privations et vexations connues en prison. Ils sont également sans doute davantage maîtres d'un emploi du temps aberrant sur certains détails en milieu carcéral : ainsi, durant la première moitié du XIX^e siècle, les deux repas étaient distribués à 9 heures du matin et à 14 heures, laissant ainsi les prisonniers sans nourriture pendant dix-neuf heures d'affilée, dont plus de la moitié étaient cependant des heures laborieuses. Certes, un recul de l'heure du second repas à 16 heures est tout de même opéré durant la deuxième moitié du siècle. Néanmoins, en regard, les paysans même les plus nécessiteux vivent malgré tout sur un cycle d'au moins quatre repas journaliers.

De même, le temps de promenade peut rapidement s'avérer sordide, effectué en file indienne dans des cours trop étroites pour permettre une circulation fluide. Aucune description, à ce niveau, n'est apparemment aussi éclairante que le tableau de Vincent VAN GOGH *La ronde des prisonniers*³²⁵, qui résume à lui seul la condition carcérale avec finesse et perspicacité. Il en va de même pour le dimanche, jour chômé et *a priori* consacré au loisir, qui se transforme, en prison, en la matérialisation *quasi* tangible de l'ennui et de la vacuité de la vie humaine : après l'office religieux et le repas, les prisonniers marchent ou, s'il pleut, restent assis les bras croisés dans les ateliers, en silence. A aucun instant, donc, les détenus ne peuvent choisir librement leur activité.

Les conditions d'enfermement sont à la hauteur de cette vie vouée au travail sinon à l'exploitation humaine et soumise à une discipline stricte, parfois injuste. Les prisons sont généralement surpeuplées et les règles minimales d'hygiène non respectées. Le manque d'air et de lumière, la promiscuité incessante sont difficiles à supporter. Dans ces locaux insalubres sont opérés des trafics de vermine afin d'obtenir des bains supplémentaires. Les détenus n'ont en effet droit, réglementairement, qu'à deux bains par an, en sus de celui pris à l'admission en prison, mais, par contre, la moindre trace de vermine ouvre droit à des ablutions supplémentaires, l'administration restant regardante sur les risques de contagion et de propagation. Certes, l'hygiène est beaucoup mieux respectée dans les maisons centrales de femmes, sous la coupe de religieuses : chaque détenue y a droit à sa cuvette d'eau chaque jour et le ménage est fait. Mais la proportion de maisons centrales pour femmes par rapport au nombre de celles pour hommes ravale les conduites suivies dans les premières au rang d'exception au sein du monde carcéral en général.

La malnutrition est un des derniers fléaux à signaler dans les maisons centrales : insuffisante en quantité, comme on l'a déjà signalé, elle est également de piètre qualité nutritive quand elle n'est pas carrément avariée³²⁶.

Bien entendu, derrière cette rigueur réglementaire s'organise une vie et une économie parallèles et illégales internes à l'institution. Sociologiquement, ce type d'arrangement est considéré, on l'a dit, comme une composante incontournable pour la survie de l'institution, lui évitant l'explosion due aux révoltes. Ces trafics permettent en effet de rendre vivables pour bon nombre d'enfermés la vie institutionnelle en donnant accès aux denrées et activités interdites alors même qu'elles s'avèrent vitales pour l'être humain. Ainsi en va-t-il de l'accès au tabac³²⁷ et

³²⁵ V. VAN GOGH, « La Ronde des Prisonniers », huile sur toile, 1890, exposé au Musée Pouchkine de Moscou

³²⁶ On peut repenser, ici, au scandale de Clairvaux (cf *infra*, note 1736, p. 383).

³²⁷ L'importance du tabac parmi les populations enfermées sous contrainte est un intéressant phénomène qui se vérifie inmanquablement, quelle que soit l'institution concernée où l'époque d'observation.

surtout de la possibilité de communiquer. Nécessairement, l'argent redouble de valeur et creuse un peu plus les écarts entre classes sociales. Sans compter que face à cette manne pécuniaire, les gardiens, toujours aussi peu intègres et aussi mal rémunérés par leur administration, ne peuvent rester de marbre.

La violence, quant à elle, reste toujours latente en prison, mais prend généralement la forme de maltraitance entre codétenus. Les véritables violences, basées sur des coups voire des attaques armées sont rarement gratuites et visent surtout les prisonniers privilégiés, contremaitres et prévôts des dortoirs. Il est vrai qu'autant la maltraitance et les brimades quotidiennes restent inconnues du droit même interne, autant les violences avérées enclenchent les rétorsions disciplinaires et les conséquences fâcheuses pour l'auteur des méfaits. A partir de 1860, ces violences paraissent d'ailleurs se raréfier, la diminution progressive des effectifs de prisonniers agissant bientôt dans le même sens.

§ 2. Les conditions de vie des prisons départementales : une moindre dureté

La condition des prévenus et accusés incarcérés dans les prisons départementales reste moins dure : ainsi, le « Règlement Général pour les prisons départementales » du 30 octobre 1841, qui différencie bien prévenus ou accusés de condamnés, permet aux premiers de faire venir de la nourriture de fournisseurs extérieurs à la prison, à leurs frais³²⁸, d'obtenir du vin, du cidre ou de la bière³²⁹ et de garder leurs vêtements personnels³³⁰. Enfin, l'obligation de travailler ne paraît concerner, là encore, que les condamnés, les prévenus et accusés n'y accédant que sur leur propre demande³³¹.

Ces inégalités entre catégories de détenus paraissent davantage se justifier que celles en fonction de la fortune du prisonnier, distinction qui ne peut d'ailleurs officiellement se déployer que parmi les prévenus : outre l'autorisation d'accès au traiteur extérieur, la pratique de la « pistole »³³² est également possible³³³ pour cette catégorie de détenus, tandis que ces deux mesures de faveur sont clairement prohibées pour les condamnés. La reconnaissance publique de la faute envers la société fait bien tomber, même symboliquement et au coeur de l'institution même, toutes les distinctions sociales. Les règles concernant la détention d'argent ou la restriction des visites varient, là encore, en fonction du statut du détenu, les condamnés restant soumis à la règle des maisons centrales.

Une bibliothèque est également requise dans chaque prison départementale, dotée d'ouvrages triés sur le volet par le maire, la commission de surveillance et le préfet³³⁴. Par contre, un enseignement primaire n'est délivré qu'aux détenus « *jugés dignes et capables* [d'en]

³²⁸ Article 58 du Règlement Général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 348.

³²⁹ La distribution et l'accès à ces boissons alcoolisées sont organisés, plus précisément, par le règlement particulier de chaque établissement (article 59 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 348).

³³⁰ Article 64 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 349. Au contraire, le costume pénal imposé pour les condamnés, même à de courtes peines et donc incarcérés dans ces prisons départementales, est décrit dans les articles suivants (66 et 67).

³³¹ Article 88 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 353

³³² « La pistole » est un régime d'enfermement de faveur qui permet aux prisonniers fortunés d'être incarcéré dans une cellule à part. Ils bénéficient généralement d'un service de repas extérieur à la prison et de conditions de vie matérielles tout-à-fait supportables, chauffage et éclairage ne leur étant pas plus supprimés, généralement, que les visites.

³³³ Article 72 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 350

³³⁴ Article 120 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 357

profiter» selon les termes du Règlement³³⁵. Enfin, marque de cette omniprésence religieuse transversale à tous les types d'établissements carcéraux, l'assistance au culte obligatoire, de même que l'assistance au catéchisme pour les Catholiques, se retrouvent dans les prisons départementales. Et là encore, la prépondérance du catholicisme n'étouffe pas les autres religions, que le règlement respecte, et pour lesquelles il encourage à la même assiduité. L'important, pour les doctrinaires pénitentiaires, est la pratique religieuse qui amène à l'expiation et ouvre vers une éventuelle rédemption³³⁶.

L'assouplissement de toutes ces règles de vie va progressivement se mettre en place, l'instruction et l'accès aux bibliothèques carcérales se développant, les détenus obtenant même le droit de lire dans les dortoirs avant le coucher. Ceci dit, le décret de ALLAIN-TARGE du 11 novembre 1885 « *portant règlement du service et du régime des prisons de courtes peines affectées à l'emprisonnement en commun* » affiche le désir de l'administration pénitentiaire et du Gouvernement de régenter le moindre détail de la vie du prisonnier. Emploi du temps, vêtements, hygiène, travail, nourriture, etc., toute la vie du prisonnier est réglementée, faisant du séjour en prison un temps de retraite monacale. Le détenu n'a plus la possibilité d'exprimer sa volonté. La règle du silence absolu, étendue aux prisons départementales depuis le règlement Général d'octobre 1841³³⁷, reste d'actualité.

Une marque d'allègement du carcan réglementaire cependant : l'assistance aux offices religieux devient facultatif. De même, l'intérêt porté par des médecins hygiénistes sur la santé en prison amène une amélioration de l'hygiène carcérale à la toute fin du siècle, même si les progrès à faire restent encore importants.

Les deux conflits mondiaux de 1914 et 1939 amènent une certaine destructuration temporaire dans l'ensemble de l'organisation carcérale française. La Première guerre mondiale amène la famine dans les prisons, les détenus en étant réduits à se nourrir de tout ce qu'ils trouvaient, herbe, colle, bois ; s'y ajoute l'accroissement de la population carcérale propre aux périodes de conflits armés. Au sortir de la guerre, l'organisation de la vie carcérale est un peu modifiée, le costume pénal n'étant par exemple plus imposé aux prévenus ; par contre, il reste en vigueur pour les condamnés, de même que la tonte des cheveux chez les hommes et le port du capuchon d'étamine visant à limiter les contacts entre détenus.

La Guerre de 1939-1945 laisse place aux bombardements de plusieurs établissements, entraînant là encore une surpopulation dans les prisons restantes, redoublée par la massification des emprisonnements. Prisonniers de guerre mais également durcissement du régime avec le Gouvernement de Vichy, beaucoup plus répressif concernant un certain nombre d'infraction de droit commun tels que les avortements, sont les deux principales causes de l'inflation pénale. Des prisons désaffectées sont rouvertes pour tenter de juguler le nombre de détenus. Les restrictions accompagnent, bien entendu, cette nouvelle donne carcérale, le chauffage étant définitivement arrêté dans tous ces établissements en avril 1940. L'hygiène se dégrade progressivement, des épidémies de typhus et tuberculose se propagent et les pénuries alimentaires obligent finalement l'administration pénitentiaire, à partir de 1943, à accepter l'aide de la Croix-Rouge, qui distribue des colis aux détenus. En outre, le chômage atteint les maisons centrales, la matière première venant à manquer. Cette conjonction de faits amène le gouvernement à autoriser, à partir de 1941, la création de chantiers extérieurs, permettant à certains détenus sélectionnés d'aller travailler en-dehors des murs carcéraux.

³³⁵ Article 121 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 357

³³⁶ Articles 117 et 119 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 357

³³⁷ Article 100 du Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 355

B · DANS LES ASILES PSYCHIATRIQUES : UNE VIE QUOTIDIENNE MOINS INSUPPORTABLE ?

En comparaison, la vie en asile psychiatrique paraît moins rude au quotidien. La couleur répressive et afflictive de la vie carcérale ne vient pas troubler, en effet, l'organisation quotidienne de l'emploi du temps des aliénés, même si les asiles connaissent également la maltraitance voire la violence à l'encontre des internés et qu'une forme d'humiliation latente des internés est dénoncée. La situation dans ces lieux paraît ainsi plus ambivalente qu'en prison, sans doute très dépendante des employés et du personnel à la tête de ces hôpitaux. Une profonde différence avec le milieu carcéral se marque à l'endroit de l'hygiène. Elle est ici omniprésente : contrairement à ce qui a été évoqué pour les maisons centrales masculines, ménage des locaux et lessives sont quotidiens, de même que la toilette des aliénés. Claude QUETEL estime même que « *surveiller la propreté des aliénés est une préoccupation constante.* »³³⁸. Par ailleurs, en tout cas dans le discours, la notion de soins apportés à la personne semble rester fondamentale ; on demeure dans une institution tournée vers la santé, accueillant impotents et déments séniles pour lesquels des soins d'hygiène minimum sont assurés, même s'ils peuvent être mal administrés, sans humanité ni compassion ; il est à cet endroit illustratif de lister les équipements régulièrement inventés en vue de faciliter le maintien dans un état d'hygiène « moins mauvais » de ces personnes « gâteuses », très consommatrices en personnel alors que ces derniers ne peuvent être constamment à leur chevet.

Quant à la dimension médicale de la prise en charge, elle se retrouve, dans les textes, dans l'autorité première remise au médecin pour tout ce qui touche aux aliénés, dans le sceau médical que doivent porter nombre de décisions telles que celle de travailler ou d'accéder à toute activité nouvelle et, en conséquence, dans la visite quotidienne que le médecin doit effectuer dans chaque service. Une mission impossible si l'on veut respecter le sens de l'injonction étant donné les masses d'internés accueillis face au petit nombre de médecins. Ce dernier traverse donc les services sans pouvoir s'arrêter au cas particulier de chaque malade. Ainsi, pour cette visite, tous les malades sont rassemblés, alignés contre le mur, juste avant de partir travailler. Le médecin, accompagné de ses internes et secondé par le ou surveillant(e)-chef, lui rapportant les remarques sur quelques individus s'étant fait remarquer, les « [...] *passé en revue* [...] »³³⁹, résolvant les quelques cas qui lui sont ainsi soumis, sélectionnés par le surveillant ; dans ces conditions, le suivi médical de chaque interné n'est pas réellement assuré.

La situation de travailleur tient souvent une place importante dans la description de la vie asilaire. Pourtant, tous les aliénés ne travaillent pas. Travailler exige un certain nombre d'aptitudes, ne serait-ce que de calme qui en dispense nécessairement les malades dits « agités », les gâteux et alités ou encore les punis. Sans compter tous les malades en traitement, qui se voient prodiguer formules hydrothérapiques en tous genres – bains, douches, arrosage au jet, etc. – ou, au fil du temps et des évolutions scientifiques, diverses cures ou procédés cherchant à les ramener à la raison : traitements mécaniques tels que le fauteuil rotatif, l'hypnose, l'utilisation de l'électricité aboutissant notamment à l'électrochoc, les cures de Sakel³⁴⁰ ou autres méthodes cherchant à provoquer un « choc » chez le malade, la chirurgie voire des traitements plus ésotériques, à base d'administration de substances diverses.

La vie de travailleur de ces internés pourrait paraître, au premier abord, structurée sur le même schéma que celle des prisonniers. Mais, si ils accomplissent autour de dix heures de travail, leur emploi du temps leur permet également de réels loisirs durant les récréations. Le modèle de règlement intérieur édicté par le ministre de l'intérieur en 1857 encourage la lecture solitaire ou en groupe, le chants, les leçons de dessin, voire des occupations franchement

³³⁸ Cl. QUETEL, « La vie quotidienne d'un asile d'aliénés à la fin du XIX^e siècle », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2002, p. 327.

³³⁹ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 333

³⁴⁰ Appelé aussi insulinothérapie : il s'agit d'inoculer au patient de l'insuline afin de faire baisser le taux de glucose présent dans son sang et ainsi de créer un coma hypoglycémique. Cette cure porte le nom de son inventeur, le médecin aliéniste suisse Manfred SAKEL.

ludiques comme les promenades, les jeux (quilles, billard, volant etc.) ou les danses³⁴¹. En outre, les repas, mieux répartis dans la journée, sont au nombre de trois³⁴² ; les textes imposent un régime et des quantités correctes, cinq jours sur sept devant être gras³⁴³, les aliénés astreints à des travaux pénibles ayant de droit une ration supplémentaire de pain et de vin ou cidre³⁴⁴. Sans compter que toute abstinence pour raison religieuse doit être autorisée par le médecin³⁴⁵, cette fois, la santé a la priorité sur la religion. Cependant, encore une fois, la réalité amène à davantage de scepticisme quant au traitement réservé aux aliénés. Outre quelques témoignages rédigés par des anciens malades et décrivant des plats peu ragoûtants, les inspecteurs généraux, eux-mêmes, se formalisent des quantités souvent trop congrues, notamment de viande, servies en fait aux aliénés et de la médiocre qualité de la cuisine, les plats chauds étant souvent servis tièdes dans les quartiers après un long trajet effectué depuis la cuisine³⁴⁶.

L'organisation temporelle de la vie de l'asile est une donnée fondamentale érigée au rang de thérapeutique dans le traitement de la folie. « *Un ordre constant et une régularité invariable* »³⁴⁷ ainsi que l'exhorte Scipion PINEL³⁴⁸, l'ordre est à la fois rassurant et réorganisateur pour un esprit perdu par la maladie. Pas un instant ne doit être laissé vacant, il faut éviter que la folie ne s'en empare et recolonise, par cette brèche, l'esprit en cours de traitement du malade. Ainsi, chaque minute est englobée dans une tranche-horaire affublée d'un titre : travail, repas, détente, sommeil etc. De même, l'emploi du temps doit rester invariable, chaque jour ramenant ses activités dans un ordre immuable, sur un programme quotidien mais aussi hebdomadaire : activité de coiffure, rasage, manucure ont lieu le vendredi, le linge de corps est changé le samedi et les veilles de fêtes, le dimanche est jour de repos. Les saisons sont décrétées de manière fixe et intangible : « *le 15 mai, c'est l'été ; le 15 octobre, c'est l'hiver* »³⁴⁹, horaires³⁵⁰, vêtements et couvertures de lit changeant de nature en conséquence, quelles que soient les avanies du climat dans la réalité concrète. « *Guerres et révolutions peuvent passer devant les murs de l'asile sans que le rituel de la vie quotidienne s'en trouve modifié* », comme le résume d'un trait Claude QUETEL³⁵¹. Par contre, dans un certain nombre d'asiles, l'année est rythmée par des événements festifs, permettant de casser la monotonie de l'enchaînement des jours : représentations théâtrales, jouées par des acteurs professionnels ou interprétées par des aliénés, artistes tels qu'un magicien venant présenter son numéro de prestidigitation, fêtes pour la mi-carême et le Carnaval, bals organisé au sein de l'établissement.

Il s'agit aussi de prendre conscience que cette vie ne concerne, là encore, généralement, que la catégorie la moins fortunée des malades. On l'a évoqué, les pensionnaires payants ne sont pas astreints au travail et, quoique pouvant prendre part à ces activités laborieuses, occupent plus souvent leur journée par d'autres activités ludiques. Ce schisme entre les catégories sociales demeure donc une réalité au moins jusqu'au début du XXe siècle, qui se vérifie également sur

³⁴¹ Commentaire de l'article 164, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit. 1880-1884, Tome I, pp. 197-198

³⁴² Article 136 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., Tome I, p. 227

³⁴³ Article 133 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., Tome I, p. 226

³⁴⁴ Article 137 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857 *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., Tome I, p. 227

³⁴⁵ Article 133, du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 185, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., Tome I, p. 226

³⁴⁶ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 333-334

³⁴⁷ S. PINEL, *Traité complet du régime sanitaire des aliénés, ou manuel des établissements qui leur sont consacrés*, Paris, 1836, cité par Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, 2009, op. cit., p. 326.

³⁴⁸ Fils de Philippe PINEL (1795-1859) et devenu également médecin aliéniste.

³⁴⁹ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 338

³⁵⁰ En hiver, le lever a lieu une demi-heure plus tard et le coucher une heure plus tôt qu'en été.

³⁵¹ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 338

des détails comme la nourriture³⁵², la possibilité d'avoir sa chambre particulière, ou celle de prendre un infirmier à son service personnel le temps de l'internement³⁵³.

En tout cas, outre l'attention portée à l'hygiène quotidienne de chacun, la section XX du modèle de règlement prescrit le mobilier et les vêtements minimaux que tout interné, même entretenu par le département, doit se voir attribuer et qui doit être régulièrement changé et lavé, marque d'une attention certaine portée à la condition d'être humain du malade. Il en va de même du respect de l'habitude du tabac, qui est formellement encouragé par le ministre dans son commentaire du modèle de règlement intérieur³⁵⁴.

La manière d'aborder le malade interné et la vie quotidienne à l'asile psychiatrique semblent avoir traversé le temps, entre 1830 et 1945 avec constance. Les témoignages du début du XXe siècle, rares, continuent à décrire la vie telle qu'elle est présentée ici pour les institutions du milieu du XIXe siècle³⁵⁵.

Restent les années noires de la Seconde guerre mondiale, sur lesquelles les historiens se penchent de manière plus appuyée depuis la fin du XXe siècle, laissant entrevoir des taux de mortalité par inanition due à la famine notamment, réellement inquiétants³⁵⁶. Des résultats qui proviennent des établissements urbains, faut-il le rappeler avant d'en tirer une quelconque conclusion. Certains, tel le psychiatre Max LAFONT, en viennent en effet à dénoncer une mise à mort organisée par le Gouvernement de Vichy³⁵⁷ : les fous auraient alors été davantage considérés comme des poids inutiles et encombrants par l'administration. Des praticiens, médecins dans divers asiles durant cette époque, convergent dans le sens de ces accusations par leurs témoignages³⁵⁸.

Pour des historiens plus modérés tels qu'Henri ROUSSO³⁵⁹ ou Isabelle von

³⁵² Article 133 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., Tome I, p. 226

³⁵³ Article 121 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857 *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., 1880-1884, Tome I, p. 224

³⁵⁴ Commentaire de l'article 165 du modèle de règlement du service intérieur, joint à la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 20 mars 1857, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit. 1880-1884, Tome I, p. 198

³⁵⁵ Cf. A. LONDRES, *Chez les fous*, Paris, Le serpent à plumes, coll. « motifs » n°44, 1999, 162 p. [rééd. 2006], sur une enquête menée par ce journaliste en 1925 dans divers hôpitaux psychiatriques français.

³⁵⁶ Leurs analyses font notamment ressortir une importante surmortalité dans les hôpitaux psychiatriques étudiés durant ces années de restriction. On parle aujourd'hui de 40 000 à 45 000 internés morts de faim durant cette période. Claude QUETEL, suite à son enquête menée avec Olivier BONNET aux Archives Nationales du Ministère de la Santé, va jusqu'à 76 327 décès parmi les malades, dus aux restrictions (O. BONNET et Cl. QUETEL, « La surmortalité asilaire en France pendant l'Occupation », *Nervure*, mars 1991, IV, 2)

³⁵⁷ M. LAFONT, *Déterminisme sacrificiel et victimisation des malades mentaux. Enquête et réflexions au sujet de la surmortalité liée aux privations dans les hôpitaux psychiatriques français pendant la période de la Seconde Guerre Mondiale*, thèse de médecine, Université Claude BERNARD, Lyon, 1981, publiée sous le titre *L'extermination douce. La mort de 40 000 malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques en France sous le régime de Vichy*, Ligné, éd. De l'AREFPPI, 1987, 256 p. Une édition remaniée est reparue sous le titre *L'extermination douce. La cause des fous. 40 000 malades mentaux morts de faim dans les hôpitaux sous Vichy* aux éditions du Bord de l'eau, Latresne, en 2000.

³⁵⁸ Ainsi, Georges DAUMEZON évoque-t-il le mépris et l'indifférence des administrations lorsque, en tant que médecin-chef de l'hôpital psychiatrique de Fleury-les-Aubrais de 1938 à 1951, lorsqu'il réclamait davantage de nourriture ou de quoi se chauffer. André REQUET, médecin-chef du Vinatier à Lyon entre 1934 et 1969 va dans le même sens, sans compter Paul BALVET, auteur du fameux « appel de Balvet » mettant en lien sous-alimentation et surmortalité dans les hôpitaux psychiatriques au Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de Montpellier en 1942 (P. BALVET, A. CHAURAND, « Régime alimentaire et restrictions à l'hôpital psychiatrique de Lozère », *Rapport du Congrès des médecins aliénistes et neurologistes de Montpellier*, 1942). (cf. notamment H. ROULLET, « L'impact de la Seconde guerre mondiale sur le « révolution psychiatrique » une question à approfondir », dans *Questions à la « révolution psychiatrique » Actes de colloques. Cycle Tumulte et silences de la psychiatrie*, éd. La ferme du Vinatier, Lyon, 2001, p. 16)

³⁵⁹ H. ROUSSO, « Lafont Max, L'extermination douce. La mort de 40 000 malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques en France sous le régime de Vichy ; Durand Pierre, Le Train des fous 1939-1945. Le génocide des malades mentaux en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1989, n° 21, pp. 156-157.

BUELTZINGSLOEWEN³⁶⁰, il n'y aurait pas eu volonté délibérée du Gouvernement de Vichy de tuer ces aliénés. Par contre, l'insuffisance des rations fournies aux hôpitaux – les mêmes que celles délivrées à tout individu non-enfermé – a eu davantage de conséquences dans ces milieux clos que sur le reste de la population : les malades n'avaient pas la possibilité de dénicher des subsides par d'autres voies, notamment le marché noir. Il faut compter, de surcroît, avec, parfois, une mauvaise gestion hospitalière et surtout, avec les trafics de denrées auxquels se livraient certains membres du personnel de ces hôpitaux, au détriment, là encore, des enfermés. L'insuffisance des rations n'en était que plus prégnante, tandis que les pouvoirs publics faisaient preuve d'une inertie indéniable à l'égard de ces populations³⁶¹. On savait, en effet, à l'époque, que les rations étaient sous-évaluées par rapport aux besoins d'un être humain³⁶².

Sans nous lancer dans une telle polémique, nous remarquerons simplement que dans les établissements installés à la campagne, où, surtout, la solidarité entre soignants et malades était indéniable, le nombre de morts de faim a été nul³⁶³.

Il s'agit surtout de souligner le parallélisme de cette famine latente connue lors de ces années de guerre au sein des deux institutions ici étudiées : doit-on y lire un rappel du caractère d'exclus de ces parias ? La marque d'un choix opéré par les pouvoirs publics, dans l'ordonnancement des sacrifices à faire, en temps de restrictions, parmi les populations ? Ou tout simplement le handicap que fait porter l'institution à ses pensionnaires, qu'elle rend redevables d'elle seule. Dès lors qu'elle ne se trouve plus à même de leur apporter le minimum vital, elle les promettrait donc à une fin certaine. Trace la plus tragique de l'incomplétude autarcique de ces deux institutions, qui s'avèrent incapables de produire elles-mêmes la nourriture suffisante pour contenter l'ensemble de leurs enfermés ?

Tout intéressante que puisse être cette hypothèse ouvrant une conclusion d'ampleur à partir d'un phénomène historiquement précis et daté, constat doit être fait également, à partir d'une analyse à plus grande échelle temporelle et au vu de la mise en regard de l'institution pénitentiaire par rapport à celle psychiatrique, d'une absence de fatalité de conditions déplorables ; si elles peuvent s'avérer difficiles ou insupportables, cela dépend surtout du regard posé sur la population enfermée et la condition qu'on tient à lui infliger. Institutionnellement, certaines récurrences de la vie en communauté et en captivité sont indéniables, mais une fatalité de l'inhumanité, consubstantielle au fonctionnement de l'institution totale, est à réfuter.

³⁶⁰ I. von BUELTZINGSLOEWEN, *L'hécatombe des fous. La famine dans les hôpitaux psychiatriques français sous l'Occupation*, Paris, Flammarion/Aubier, coll. « collection historique », 2007, 512 p. et notamment pp. 398-401

³⁶¹ Qu'il s'agisse d'Isabelle von BUELTZINGSLOEWEN ou de Claude QUETEL (*Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 479-488), tous deux confirment l'existence de la famine, récusent également le caractère volontaire de cette catastrophe mais ne disculpent pas totalement le gouvernement de Vichy, pointant son atonie face à ce problème. Madame von BUELTZINGSLOEWEN pointe notamment le problème de leur politique de ravitaillement, empêchant notamment les hôpitaux de profiter pleinement pour eux-mêmes de leurs fermes et cultures, décompte de la production sévère et lourds prélèvements étant opérés par le Ravitaillement général (cf. I. von BUELTZINGSLOEWEN, *L'hécatombe des fous*, op. cit., 2007, pp.53-72).

³⁶² Suite à l'émoi de la Société médico-psychologique rassemblant nombre de psychiatres praticiens hospitaliers de l'époque, une ordonnance de décembre 1942 accorde tout de même quelques suppléments alimentaires aux aliénés internés.

³⁶³ Témoignage radiophonique de J. OURY, dans I. OMELIANENKO et F. TESTE, *De grandes traversées : voyages en psychiatrie*, France-Culture, 2006

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

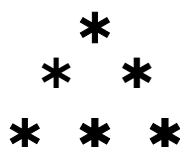
A partir de 1840 et jusqu'à la fin de la Seconde guerre mondiale, la lourde machinerie de l'institution totale fonctionne donc dans toute sa perfection formelle, conceptuelle, sa dimension totalitaire faisant partie intégrante du mécanisme. Le modèle apparaît ainsi finement ciselé et ajusté, fonctionnant dans toute la froideur d'une mécanique réussie au service du Pouvoir, de la politique, des ambitions sociétales sur les questions de la gestion de la délinquance et de la folie. Apparaît surtout cette dimension purement instrumentale du modèle qui ne reste bien qu'un mécanisme désincarné, un outil à la disposition des forces politiques et de la société. Le paradigme de l'institution totale et totalitaire est abouti.



CONCLUSION DU TITRE I

Tout l'intérêt de ce système institutionnel réside dans cette puissance assujettie aux forces pensantes politiques par sa souplesse de fonctionnement. Intangible dans sa forme institutionnelle parfaite, cette mécanique s'adapte aux différents discours et revirements de politique, pouvant endosser autant la figure d'un vecteur d'humanisme que d'asservissement : ainsi, au cours du XIXe siècle, la mission enjointe aux deux institutions exemplaires en la matière va-t-elle évoluer dans le même sens ; d'un instrument de transformation de l'homme malade ou délinquant qui lui est confié, l'institution totale, qu'elle soit psychiatrique ou pénitentiaire, ne va plus avoir qu'à le tenir à l'écart de la société. Et dans les deux cas, les institutions vont se plier à ces nouvelles directives sans se modifier en leur forme. Au gré des discours, ce n'est donc pas la forme institutionnelle qui change, mais bien le contenu idéologique et la condition qu'on fait aux enfermés du fait de cette modification de contenu. Toutes les armes pour cette malléabilité sont en effet rassemblées dans ce modèle, *via* le pouvoir absolu sur les enfermés recueillis et la capacité de changer les règles au gré de la volonté de l'administration, sans contrôle, qui est au coeur du système ; sa dimension totalitaire est intrinsèque.

Ainsi, l'utilisation qui en est faite dans les deux institutions qui ont contribué à l'élaboration conceptuelle du modèle et du paradigme souligne ainsi la potentielle dimension de machine à broyer l'être humain qu'elle peut devenir selon les directives qui lui sont données. Elle en a la puissance et la force froide, désincarnée. C'est la mise en application excessive qui en est faite au sein de ces deux institutions qui va amener à prendre conscience du danger du modèle. Les « dérapages » sur le plan idéologique n'en sont pas sur le plan purement mécanique, de l'institution, cette dernière prouvant ainsi toute sa perfection systémique ; elle se plie à ces directives sans recul moral. C'est la prise de conscience de cette effrayante capacité froide du système à fonctionner sans aucune barrière mécanique idéologique qui ressort de ces mises en application et en souligne le danger. Dans un contexte où la même perfection mécaniste est découverte dans les « camps de la mort » nazis, l'existence d'instruments aussi dangereux n'est plus supportable, le droit doit venir mettre des barrières à l'existence de telles machineries, à l'intérieur même du système, pour les enrayer en cas d'emballement anti-humaniste. C'est la perfection mécanique du système qui doit être dérégulée pour que l'institution devienne idéologiquement acceptable dans la société renaissante de la Libération. Mais nécessairement, ces grains de sables juridiques, par leur sens même comme par leur action, viennent mettre à mort le modèle paradigmatique. L'institution perd son caractère à la fois total et totalitaire pour rentrer, même de manière incomplète, dans le système juridique commun. Idéologiquement, cela correspond également à un nouveau regard porté sur les populations prises en charge par ces institutions, jusqu'à exclues.



TITRE II :

LA DECONSTRUCTION DU PARADIGME DE L'INSTITUTION TOTALE . REAGENCEMENT POUR UN NOUVEAU MODELE

L'entrée dans cette seconde partie appelle une remarque préalable concernant l'institution psychiatrique : l'évolution de l'hôpital psychiatrique et sa loi de 1990 amènent à scinder juridiquement les patients accueillis à l'hôpital psychiatrique en personnes en hospitalisation libre (HL) et personnes hospitalisées sous contrainte (HSC). Cette différence de régime implique quelques différences concrètes dans la prise en charge et l'attitude de l'institution à leur égard mais dans bon nombre de cas, institution et soignants s'adressent d'abord à des malades, tous régimes confondus. Le cœur de cette étude portant d'abord sur le fonctionnement de l'institution et son évolution en rapport avec l'hospitalisation sous contrainte, il ne s'agit pas de mener ici une étude sur les particularités du régime sous contrainte en délaissant les pans du fonctionnement institutionnel qui ne seraient pas en lien direct avec ce régime. Au contraire, il importe d'avoir une vision englobante de l'attitude institutionnelle et donc d'évoquer également tous les domaines où ses réactions et fonctionnement sont indépendants du régime du malade, ce qui peut nous amener à traiter de sujets communs aux HSC et aux HL.

INTRODUCTION :

APERÇU HISTORIQUE GENERAL : DECONSTRUCTION DU PARADIGME DANS LE DISCOURS, RESISTANCES DANS LA PRATIQUE

La nécessité du changement de paradigme et la révolution conceptuelle et pratique qui s'ensuit est aussi évidente, au sortir de la guerre, dans le cadre psychiatrique (I) que dans celui carcéral (II).

I. DANS LE CADRE PSYCHIATRIQUE, UNE REVOLUTION FORTEMENT ENDOGENE

L'expérience de la guerre et la découverte des camps de concentration a eu autant d'impact en prison qu'à l'hôpital psychiatrique. Comment ne pas faire le parallèle, pour les aliénistes, entre ces lieux de relégation créer pour détruire l'homme et leurs établissements fermés, qui se sont également révélés des lieux de relégation et de mort durant la période vichyste ? L'assimilation fait d'autant plus réfléchir les psychiatres que l'asile de Saint-Alban n'a pas été touché par la décimation des malades due à la famine. Or cet asile est le haut-lieu d'un petit groupe de psychiatres Résistants et réformateurs. Remettant en cause l'organisation de l'institution plus que l'existence de la folie en elle-même, ils travaillent « à soigner l'institution » en réorganisant les rapports de force et le rôle de chacun en son sein. Il s'agit de rendre les malades acteurs de la réorganisation puis de la vie de l'institution et d'impliquer tous les soignants, en cassant l'échelle des pouvoirs hiérarchiques sclérosante. Les malades pourront se soigner mutuellement, par la restauration du lien social, de même que les soignants seront d'autant plus efficaces qu'une véritable « connivence » s'établira avec leurs patients. Solidarité, attention à l'autre et confiance sont les nouveaux piliers de la réorganisation, mais aussi redéfinition des conditions de vie du malade, de sa liberté et de ses rapports avec le monde extérieur. Cette réflexion ouvre sur une redéfinition de la place à donner à l'aliéniste au sein de la société, dans laquelle il faut replacer la folie et le malade. Au final, ce n'est donc pas une négation de l'institution psychiatrique fermée que ces « désaliénistes » prônent, mais une redéfinition de sa place dans la cité et dans le cursus thérapeutique ; c'est donc une redéfinition complète de l'institution psychiatrique, à la fois intérieure, avec la psychothérapie institutionnelle, et en direction de l'extérieur avec le désaliénisme.

Pour ce faire, au sein de l'hôpital, ces psychiatres travaillent à une resocialisation progressive des individus via « [...] des sociothérapies qui, par paliers, réintègrent le sujet dans des conditions de vie aussi proches que possible de celle de la vie normale »³⁶⁴ comme l'explique le Docteur Paul SIVADON dans le numéro de la revue *Esprit* de décembre 1952, consacré aux « misères de la psychiatrie » et rédigé par ce groupe de soignants d'avant-garde. Le saut qualitatif opéré par rapport à l'asile d'ancienne formule réside dans l'avenir qu'on veut promettre au malade. Il s'agit bien ici de prendre en compte la dimension autant organique que

³⁶⁴ P. SIVADON, « Espoir », dans J. ALIZON, L. BONNAFE, G. DAUMEZON *et alii*, « Misère de la psychiatrie » [dossier], *Esprit*, Paris, décembre 1952, n° 197, p. 925

sociale de la maladie mentale et de la traiter en conséquence, en alliant psychothérapies et traitements médicamenteux. Le malade est interné car il réagit de manière pathologique aux contraintes de l'environnement. C'est donc à la fois sur son environnement lui-même et sur les capacités du malade à s'y adapter qu'il va falloir travailler. L'idée est ainsi qu'après une « [mise] au repos » de l'individu, « [...] on rééduque ses facultés adaptatives en lui proposant des milieux artificiellement conditionnés de telle sorte qu'il soit en mesure d'établir avec l'environnement des relations satisfaisantes »³⁶⁵. Tout le système tend à la lutte contre la « sédimentation »³⁶⁶ – comme se plaît à l'appeler Lucien BONNAFE –, fléau des asiles esquioliens. Une nouvelle conviction de la possible réintégration du malade mental dans la société s'exprime, s'opposant à la conception précédente de l'asile comme une micro-société imitant la société mais fonctionnant en parallèle. Les deux ne doivent plus faire qu'un, l'asile doit retrouver une place, certes tout à fait originale par rapport aux autres institutions, mais nécessaire, au cœur de la cité. Une fonction de soin temporaire, quelle que soit par ailleurs la durée de ce « temporaire ». L'important est que le soin délivré au sein de l'asile soit toujours effectif pour rester efficace et aboutir effectivement à un retour à la société. La maladie mentale ne sera pas forcément définitivement éradiquée au sortir de l'institution, mais elle sera suffisamment jugulée ou traitée pour rendre la vie en société supportable à l'individu, et l'individu supportable à la société. Pour ce faire doit également être mis en place tout un réseau de soins hors les murs de l'hôpital, visant à soutenir le patient dans sa réadaptation à la vie dans la cité et à ses contraintes. Un accompagnement éventuellement sans fin, cette fois, mais qui permettra au fou de vivre le plus normalement possible, réintégré à la société. Pour cela, il faut éventuellement lui en amoindrir les contraintes, qu'elles ne lui soient plus un obstacle insurmontable.

Dans ce dernier pan de la transformation transparait la volonté de mettre fin au soin « hospitalo-centré ». C'est la psychiatrie de secteur qui s'annonce ici, une psychiatrie au cœur de la cité, dispensée à chaque malade autant que besoin est, et sur la durée qu'il faudra, mais visant à éviter au maximum l'hospitalisation et à réduire au maximum sa durée...sans pour autant récuser complètement l'asile contrairement à ce qu'a pu prôner la doctrine basaglienne³⁶⁷. On parle désormais davantage en terme de médecine sociale, s'intéressant plus à la santé mentale en général qu'aux maladies mentales au sens strict. Si le « vrai fou » en vient à être traité dans les mêmes structures et en même temps que les individus touchés par de simples troubles psychologiques, la partie est gagnée au moins au sein du monde psychiatrique, la possible intégration du malade mental à la cité est reconnue parmi les soignants. Sans doute l'est-elle également pour les habitants de la cité, qui voient progressivement ces malades se réintégrer à leur vie quotidienne... ou, précisément, ne le voient pas, le découvrent par les discours et, dès lors, constatant le peu de changements que cela provoque, l'acceptent.

Tout ce discours peine cependant à se transformer en actes. Seule une minorité de psychiatres est acquise à cette révolution psychiatrique qui abolit le « marquisat » sur lequel tout médecin-chef d'asile psychiatrique classique règne en maître absolu, flanqué de sa hiérarchie sociale « de château », étagée entre les infirmiers et les malades³⁶⁸. Une expérience de sectorisation voit le jour en 1954 dans le XIII^e arrondissement de Paris, en lien avec les hôpitaux de Villejuif, Ville-Evrard et Perray-Vaucluse. Rien n'est officiel cependant, l'expérience tient sur l'entente d'un groupe de psychiatres convaincus de la pertinence de cette réforme psychiatrique. Il en va de même pour la dizaine d'expériences similaires lancées en

³⁶⁵ P. SIVADON, « Espoir », dans J. ALIZON, L. BONNAFE, G. DAUMEZON *et alii*, « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, p. 925

³⁶⁶ La « sédimentation » serait le principe de délaissement de l'individu aliéné l'amenant à se scléroser dans sa maladie par manque de soins appropriés, parce qu'il ne bénéficie pas des stimulations sociales ou thérapeutiques ouvrant sur l'amélioration voire la guérison. (Cf. L. BONNAFE, L. LE GUILLANT et H. MIGNOT, *Problèmes posés par la chronicité sur le plan des institutions psychiatriques, Rapport du congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française*, Marseille, Paris, Masson et cie, 1964 où ces psychiatres auraient évoqué pour la première fois la notion ainsi que l'article de P. DELION, « Thérapeutiques institutionnelles », du 29/4/2006, (p. 17), disponible en ligne.

³⁶⁷ Sur cette doctrine, cf. *infra*.

³⁶⁸ L'image est due à Lucien BONNAFE (dans BONNAFE (L.), TOSQUELLES (F.), DAUMEZON (G.), OURY (J.), « Saint-Alban », *Recherches*, mars 1975, n°17, pp. 92-93. Cf. également la description analytique de « L'internée dans son cadre » par Jacques ALIZON dans J. ALIZON, L. BONNAFE, G. DAUMEZON *et alii*, « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, pp. 870-874

province. L'évolution de l'hôpital psychiatrique s'opère donc au cas par cas, selon les convictions et la volonté du psychiatre qui en prend la tête localement. Une circulaire révolutionnaire, créant officiellement la politique de secteur, est cependant édictée en 1960³⁶⁹. Elle est surtout le fruit de la bonne entente entre les psychiatres d'avant-garde, désaliénistes, et quelques fonctionnaires du cabinet du ministre de la Santé. Prenant de court les psychiatres rétrogrades classiques, encore fervents partisans de la solution monolithique de l'internement chronique, elle va demeurer lettre-morte de longues années.

L'adoption de la loi du 3 janvier 1968 sur les majeurs incapables est une première avancée significative, cependant, dans le sens du secteur : si, désormais, le malade peut être soumis au même régime d'incapacité durant ou en-dehors de ses périodes d'internement, cela instaure une continuité entre les deux et laisse entendre que l'hospitalisation n'est plus reconnue officiellement comme la seule solution pour soigner une personne atteinte de troubles psychiques.

Parallèlement à cette effervescence intellectuelle, une seconde révolution, scientifique cette fois, s'opère au sein du monde de la folie : Henri LABORIT, Jean DELAY et Pierre DENIKER mettent au point le premier neuroleptique en 1952. C'est le point de départ d'une ère pharmacologique qui ne va plus cesser de produire de nouvelles substances chimiques, s'intéressant progressivement à tous les troubles psychotiques, psychiatriques puis psychologiques, toujours plus efficaces et engendrant de moins en moins d'effets secondaires délétères. La multiplication des substances est d'ailleurs extraordinairement rapide, et avant 1960, les psychiatres ont déjà à leur disposition un petit éventail de médicaments. Il s'agit désormais d'en faire bon usage et de ne pas abandonner les psychothérapies au prétexte que la chimiothérapie serait la voie du salut. Lucien BONNAFE tient à parler, en ce sens, de « *chimiothérapie d'appoint* », prenant à rebours la formule de l'époque sur les rapports entre psychothérapie et traitement médicamenteux. Il va sans dire que, même encore actuellement, tous les médecins, notamment les généralistes, n'ont pas suivi son précepte³⁷⁰.

L'année 1968 draine de nouveaux mouvements, mais a surtout l'effet bénéfique d'amener la société à s'intéresser à la condition des fous et aux asiles, par un mouvement qui lui est propre et non inspiré, comme ce l'était jusqu'alors, par des personnes venant de l'institution. La contestation est cependant radicale, très influencée par l'anti-psychiatrie anglaise³⁷¹ qui déclare que la maladie mentale n'est qu'un mythe, ne visant qu'à exclure tous ceux que la société ne veut pas. Autrement dit « *la psychiatrie avale tout ce que la société vomit* »³⁷². L'aliénation mentale ne serait qu'aliénation sociale. Si ces anti-psychiatres reconnaissent éventuellement l'existence de schizophrénies aiguës, le médecin doit se contenter d'accompagner le malade dans un voyage au plus profond de lui-même, sans chercher à le ramener à la réalité considérée comme « normale », élaborée par le psychiatre et qui correspondrait à celle en vogue dans la société³⁷³. Dans ce cadre, la fin de l'hôpital est signifiée, pour laisser place cependant à une autre structure communautaire, mais où, cette fois, les malades se feraient soignants. Une autre mouvance de déconstruction de la psychiatrie se déclare à la même époque en Italie, sous l'impulsion de Franco BASAGLIA, qui souhaite pour sa part réduire à néant l'hôpital psychiatrique et démedicaliser la folie³⁷⁴.

Ni l'une ni l'autre de ces conceptions de la psychiatrie et de la maladie mentale n'a eu de réel succès en France, mais la mouvance anti-psychiatrique a permis d'inciter la société à réfléchir sur le sens et la légitimité de l'enfermement asilaire.

³⁶⁹ Circulaire du 15 mars 1960 « relative au programme d'organisation et d'équipement des départements en matière de lutte contre les maladies mentales »

³⁷⁰ On parle ainsi plus volontiers de « psychothérapie d'appoint ».

³⁷¹ Ce mouvement est créé au début des années 1960 par les psychiatres David COOPER, Ronald LAING et Aaron ESTERSON.

³⁷² Expression de David COOPER

³⁷³ Mary BARNES, traitée par Joseph BERKE au « home » de Kinsley Hall, haut-lieu de la pratique anti-psychiatrique, est la patiente emblématique de cette conception de l'attitude à adopter à l'égard de ces malades. Elle est effectivement allée au bout de son voyage, relaté ensuite dans le fameux ouvrage qu'elle a co-écrit avec son thérapeute, *Marie Barnes, un voyage au bout de la folie*, publié en 1973.

³⁷⁴ Cf. précisions sur cette doctrine *infra*,., seconde partie p. 521 et s.

Le sursaut suivant, en matière de réforme psychiatrique, est économique. Désormais, le discours et les utopies d'après-guerre concernant le soin psychiatrique et le lien social semblent s'enterrer. Après le choc pétrolier de 1973, volonté est de soumettre le système de santé français – et par conséquent également la psychiatrie publique – à une logique gestionnaire. Intégration de la psychiatrie dans le système hospitalier général, planification des équipements de soins, l'ensemble des mesures adoptées vise à la gestion réfléchie et donc à la réduction des dépenses. Le premier avantage qu'un gestionnaire identifie dans le système du secteur est la diminution du nombre de lits nécessaires en hospitalisation complète, des places qui coûtent cher à la Sécurité sociale. Le mouvement de restriction qui va s'engager ne va plus cesser jusqu'en 2005³⁷⁵, poussé à outrance alors même qu'il est déconnecté de la réalité morbide. Mais cette tendance omet l'autre terme du binôme de cette action : donner les moyens au secteur d'accueillir et traiter hors de l'hôpital ces individus.

Ainsi, le secteur se met lentement en place, soutenu *a priori* par diverses circulaires en 1971-1972, soutien tout symbolique, selon Georges DAUMEZON, qui pervertirait le système en en laissant la maîtrise à l'administration et à l'Etat, au détriment des médecins³⁷⁶. On est donc moins dans la stratégie de soin que dans celle budgétaire, les chefs de service cherchant à « remplir des lits » hospitaliers afin de justifier leurs demandes de budgets, ce qui va à l'encontre de l'adaptation du traitement au malade et de l'éthique du soin en général, mais qui en outre vient contrecarrer la sectorisation. En parallèle, les pouvoirs publics commencent à diminuer le nombre de lits d'hospitalisation. Retournement de politique au début des années 1980 et cette fois, l'hôpital cédant au mythe de « l'hôpital-entreprise », la psychiatrie doit se soumettre à une logique du résultat. Assis sur les concepts de rentabilité, planification et évaluation, il impose au secteur et à l'hôpital psychiatrique de soigner vite et bien. Incompatible avec la philosophie du secteur, qui se veut un suivi au long cours des malades mentaux réintégrés à la cité, il est également délétère au sein de l'hôpital dans lequel il demande la restriction au maximum des durées d'hospitalisation³⁷⁷, ce qui amène des rechutes intempestives chez des malades mal soignés³⁷⁸.

³⁷⁵ Date de démarrage du premier « Plan Psychiatrie-Santé Mentale 2005-2008 » qui prévoit une mobilisation de fonds financiers en faveur de la psychiatrie. Ceci dit, rien n'assure que des lits ne sont pas encore supprimés. Le véritable coup d'arrêt est prononcé par Nicolas SARKOZY à Antony en 2009, dans le cadre de son fameux discours.

On relève en tout cas, rien que sur la période 1997-2003, une perte continue moyenne de 2 200 lits de psychiatrie générale chaque année, aboutissant à une perte totale de 13 152 lits sur ces six ans (calculs effectués à partir des statistiques tirées de M. COLDEFY, « Les hospitalisations sans consentement en psychiatrie. Evolutions et disparités géographiques départementales », dans M. COLDEFY (coord.), *La prise en charge de la santé mentale. Recueil d'études statistiques*, Paris, La documentation française, coll. « Etudes et statistiques », 2007, p. 208). Selon Marc DUPONT et ses co-auteurs, « 125 000 lits ont été supprimés depuis 1970, avec une accélération dans les années 1990. En 2005, la France ne disposait plus que de 57 313 lits dont 80 % dans le secteur public. » (M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 2009 (7e éd.), p. 147). Tous ces chiffres restent à prendre avec prudence, donnant davantage une idée d'ordre général que des totaux précis dans la mesure où, généralement, les statisticiens ne parviennent pas à recueillir des réponses de tous les départements (un ou deux manquent, parfois trois ou quatre) et que les non-répondants diffèrent d'une année sur l'autre.

³⁷⁶ Cf. P. COUPECHOUX, *Un monde de fous, Comment notre société maltraite ses malades mentaux*, Paris, Seuil, 2006, p. 142

³⁷⁷ La durée moyenne de séjour (DMS) était ainsi évaluée à 11 mois en 1965, tombant à 3 mois en 1984, à 34 jours en 1998 et à 29,9 jours en 2004. Mais ces chiffres représentent les DMS pour l'ensemble des hospitalisations complètes en psychiatrie. Concernant spécifiquement les HSC, il a été constaté une chute de 40 % de cette DMS entre 1989 et 1997 et faisant fondre le nombre de jours d'hospitalisation de 86 en 1989 à 45 jours en 2000. En 2003, une étude sur trois régions (Aquitaine, Lorraine et Rhône-Alpes) menée par l'IGAS indiquait une DMS de 60 jours pour les HDT et de 95 jours pour les HO, à rapporter aux 52 jours des HL. En avril 2008, cette DMS était de 23,1 jours à l'unité GAUDI de l'hôpital Saint-Jacques de Nantes, sachant que l'objectif national alors fixé était de 22 jours. (sources : A. BOTTERO, « Hospitalisations sans consentement : de la quantité vers la qualité », *Neuropsychiatrie : tendances et débats*, 2007, n° 31 p. 10 ; Etude d'impact du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, [en ligne], site de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2494.asp>, mai 2010, p. 11 [document séparé, à pagination propre, placé à la suite du projet de loi], p. 10 ; entretien avec Monsieur Wilfrid MARTINEAU, chef du service de psychiatrie II, hôpital Saint-Jacques de Nantes, juillet 2008)

³⁷⁸ Claude QUETEL établit à 281 % l'augmentation du nombre de réhospitalisations diagnostiquées comme rechutes entre 1965 et 1984 (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 545).

Le secteur est tout de même légalisé par deux lois en 1985, et aujourd'hui bien mal en point avec les nouvelles politiques budgétaires qui s'opposent à son absence de rentabilité... car la psychiatrie, avant d'être sociale, doit être rentable.

Par la suite, la loi de 1990 accède à la volonté de reconnaître officiellement des droits fondamentaux aux malades mentaux hospitalisés en psychiatrie. Pour le reste, la question psychiatrique ne réapparaît périodiquement qu'à la faveur de scandales meurtriers perpétrés par des malades mentaux laissés en liberté.

Depuis les années 1980 et la désillusion de la profession sur sa capacité à prendre correctement en charge ses patients eu égard aux moyens qui lui sont octroyés voire retirés, la psychiatrie se retrouve en proie à une asthénie du discours théorique sur le sujet. Le secteur reste la solution à laquelle se rattachent les propositions de redéfinition de la prise en charge, mais généralement en en distendant les aires géographiques, en en mutualisant les moyens, et surtout en regroupant à nouveau les patients par pathologies : gain logistique, idée de gestionnaires, qui rappelle de manière inquiétante les pavillons de l'asile psychiatrique du XIX^e siècle, approche du soin psychiatrique que la révolution psychiatrique d'après-guerre a eu pour seul objectif d'éradiquer... Il est évident que ces propositions révèlent la théorie de leur temps : la politique psychiatrique qui tente de s'infiltrer en France, venue des Etats-Unis, fonde le diagnostic sur une identification de la maladie par ses seuls symptômes³⁷⁹, perdant l'entretien avec le patient, ne laissant plus place à la parole. Objectivation³⁸⁰ de la science en puissance, qui peut ainsi déboucher directement sur une prescription médicamenteuse, efficacité et rapidité, ce qui permet aux psychiatres, en sous-effectifs par rapport aux demandes des malades, de « faire du chiffre » en matière de patients traités... dans la mesure où ils acceptent de succomber aux sirènes du traitement univoque chimiothérapique.

II. DANS LE CADRE PENITENTIAIRE, UNE DECONSTRUCTION FORTEMENT EXOGENE

A la Libération, l'ensemble du système pénal est à reconstruire. Le pays entre dans une période de réhabilitation morale, suite aux exactions de la guerre et du régime de Vichy. Sur le plan des prisons et de la peine, ce nouveau départ implique un repositionnement du rôle de la peine et de la prison face à un délinquant que l'on cherche à réinsérer plus qu'à punir. Or à une époque où ce sont des hommes d'action davantage que des théoriciens qui prennent les postes-clefs du Gouvernement, la réforme est confiée à des experts juristes. Après près d'un siècle d'éviction des intellectuels pour la définition de la politique pénale et pénitentiaire, ces derniers reprennent la main en cette période de renaissance politique.

La réforme est ainsi fortement marquée par le courant de la Défense Sociale Nouvelle de Marc ANCEL, que l'on peut résumer par une citation lapidaire de son concepteur : « *La Défense sociale ainsi entendue repose largement sur la substitution d'une politique de la protection à la peine rétributive* »³⁸¹. En opposition avec la théorie positiviste de la Défense sociale posée par les Italiens GAROFALO, FERRI et LOMBROSO, le haut magistrat français construit une doctrine nouvelle fondamentalement humaniste plutôt inspirée du Belge Adolphe PRINS, de

³⁷⁹ On pense ici au travail basé uniquement sur le DSM, soit « *Diagnostical and Statistical Manual* » (la version en vigueur étant aujourd'hui le DSM-IV), sans prendre en considération la personne du malade. Cette manière de procéder vient à faire de l'outil mis au service des médecins que devrait être le DSM l'unique repère diagnostique qui est placé comme pivot de l'examen clinique.

³⁸⁰ On notera, d'ailleurs, en « clin d'oeil » par rapport au fond de notre propos, la définition psychiatrique d'objectivation telle qu'énoncée par *Le Petit Robert* : « *Mécanisme mental par lequel un malade atteint de délire chronique interprète ses hallucinations comme des réalités.* » (A. REY et J. REY-DEBOVE, *Le Petit Robert 1*, Paris, S.N.L., Le Robert, 1983 (1967), p. 1292)

³⁸¹ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Cujas, 1954 dans LEGAL (A.), « Bibliographie : Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle* », *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n°1, pp. 213-217

l'italien Felippo GRAMATICA ainsi que de l'humanisme chrétien. Appuyée sur une foi en l'Homme et en sa capacité de rédemption et de rééducation, elle s'axe autour de « *la pédagogie de la responsabilité* » : c'est en apprenant à gérer correctement son libre arbitre que l'être humain peut vivre en société. la responsabilité, qui est la marque de son humanité, est un apprentissage de la relation à l'Autre. Marc ANCEL allie la notion de traitement du délinquant à celle de responsabilité pénale, dans une visée de protection de la société, certes, mais aussi d'amendement du coupable et de réinsertion, à terme, dans la société. L'acte délinquant a été perpétré par un individu ayant une personnalité propre, élevé dans un contexte social donné. Il s'agit donc d'adapter la réponse pénale à chaque individu, au terme d'un bilan de personnalité, médical, psychologique, psychiatrique et social, dans le seul but de le réadapter, de lui permettre un nouveau départ, sur des bases saines et l'éloignant du processus délinquant. Faute et responsabilité pénale sont donc bien reconnues, mais pour être traitées dans un esprit plus médical que punitif.

En outre, les hommes accédant au pouvoir au sortir de la guerre sont généralement d'anciens Résistants ayant souvent connu la condition carcérale au sein des prisons françaises, si ce n'est les camps de concentration. Une de leurs priorités est donc également de réhabiliter et d'humaniser ces prisons. Le pays est cependant dans un contexte économique difficile et les moyens alloués à la réhabilitation pénitentiaire restent bien insuffisants, alors que dans le même temps, ces bâtiments souvent endommagés par la guerre et vétustes doivent accueillir une population qui atteint un pic numérique : entre 66 et 67 000 détenus, trois fois plus qu'il n'y a de places carcérales³⁸².

Le magistrat Paul AMOR est nommé à la tête de l'administration pénitentiaire, fraîchement revenue dans le giron du ministère de la Justice, le 30 septembre 1944. Dès le 9 décembre, il réunit une commission, aujourd'hui appelée CANNAT³⁸³ du nom de son secrétaire, « [...] chargée d'élaborer et de soumettre au garde des Sceaux les réformes relatives à l'administration pénitentiaire ». Les deux magistrats, dont l'un a été visiteur de prison avant la guerre et qui prône les vertus éducatives de « [...] la relation de face-à-face avec les détenus [...] »³⁸⁴, ont les mêmes vues sur la question : conquis par les idées de la Défense Sociale Nouvelle, chrétiens progressistes altruistes et humanistes, ils souhaitent que la peine permette la réhabilitation du délinquant. Il s'agit donc de travailler à la fois sur la teneur même de la peine et sur les conditions d'incarcération.

La Commission accouche des « Quatorze principes » servant de base à la Réforme, dont le huitième instaure le régime progressif. La formule ne sera cependant testée qu'à partir de 1954 et ne sera effective finalement, que dans huit établissements ; les moyens manquent pour l'étendre au-delà. L'idée adhère complètement, pourtant, à l'utopie de traitement du délinquant prônée par la Défense Sociale Nouvelle et par la Réforme de 1945 : il s'agit de faire passer le condamné à une longue peine par quatre stades. Ainsi, le processus débute par une phase d'isolement complet du détenu en vue de son observation. Au terme de celle-ci, les individus sont répartis dans des groupes de travail constitués selon le degré d'amendabilité de chaque condamné. A ce niveau, les détenus oeuvrent en commun le jour et sont isolés la nuit. S'ensuit une phase dite « de confiance », durant laquelle le régime est un peu plus libéral, puis une période de semi-liberté. La décision de passage d'une phase à l'autre appartient à une commission dite « de classement », présidée par un nouveau juge « de l'exécution des peines » (principe IX).

En parallèle, un service social est instauré (principe X) : les assistantes sociales font ainsi leur entrée en prison dès 1945 et des éducateurs de prisons, dont le corps sera créé en 1949, sont opérationnels dans les maisons centrales dès 1946. Une aide médico-psychologique est également posée par ce principe, mais elle restera inefficace jusqu'à la fin des années 1970.

³⁸² Source : Ch. CARLIER, « Histoire de l'administration pénitentiaire : un XXe siècle contrasté », [en ligne], 2007 remanié en 2009, 11 p. Disponible sur le portail criminocorpus, article 162, et J.-P. ALLINNE, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXIe siècle*. Tome 2 : *Le temps des doutes, 1920-2004*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité de Sciences Criminelles », 2004, p. 69.

³⁸³ Pierre CANNAT, magistrat et ancien visiteur de prison, avant de partir étudier au Portugal, au nom du Gouvernement de Vichy, le régime progressif instauré en ce pays en 1936.

³⁸⁴ J.-G. PETIT, Cl. FAUGERON, M. PIERRE, *Histoire des prisons en France*. op. cit., 2002, p. 177

L'ensemble de la Réforme travaille indéniablement dans le sens du Premier Principe : « *La peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné* ».

Entre 1948 et 1954, diverses mesures d'humanisation de la condition de prisonniers, visant à la rendre vivable en éliminant un certain nombre de brimades voire de traitements inhumains, complètent cette réforme humaniste. A partir de 1955, un régime dit « modernisé » est testé dans quelques maisons d'arrêt cellulaires³⁸⁵, ouvrant sur la vie sociale avec l'aménagement de terrains de sport, la mise en place d'un dépistage médical et mental mais aussi social, l'installation de la radio et même l'instauration dès cette époque de parloirs sans séparation. Le contraste peut apparaître fort par rapport au régime de l'isolement cellulaire très strict testé en 1948-1949 dans d'autres maisons d'arrêt par Pierre CANNAT, où le port de la cagoule, y compris dans le cadre du service général, est remis en vigueur...un régime qui s'est pour sa part effectivement révélé très rapidement inapplicable, en tout cas sur ce dernier point, l'obligation du port de la cagoule étant en conséquence finalement abolie dès octobre 1950. La doctrine pénitentiaire semble alors encore se chercher.

La nouvelle philosophie pénitentiaire s'articule avec une nouvelle pensée pénale, fondée sur le remplacement du « tout carcéral » par le système probatoire : dès 1950, des expériences menées dans quatre Cours amènent à la légalisation, en 1958, lors du vote du nouveau Code de procédure pénale, du « sursis à emprisonnement avec mise à l'épreuve ». Ce type de mesure, non seulement désengorge les prisons, mais surtout, permet d'adapter au plus près la peine au condamné. L'entérinement des expériences de Juge d'exécution des peines par le Code de procédure pénale, qui le transforme en juge d'application des peines (JAP), souligne définitivement le nouveau tournant négocié par la politique pénale de l'après-guerre : l'individualisation de la peine dans une optique de reclassement du condamné, effectivement « guéri », dans la société.

Malgré ce discours, les prisons restent pour leur part dans un état déplorable, faute de réelle volonté politique, et la surpopulation dans les maisons d'arrêt, qui réapparaît avec la guerre d'Algérie, empêche un travail social concluant.

Le retour du Général de GAULLE au pouvoir est également le point de départ d'un durcissement de la politique pénale, conforté par l'arrivée de Jean FOYER à la Chancellerie et perpétuée après lui. Diminution des mesures d'aménagement de peines, création du fichier des « détenus particulièrement signalés » (DPS), mais aussi recrudescence des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des gardiens de prison : une seule angoisse mobilise l'attention de l'administration, la peur des évasions. Une forme de discours sécuritaire commence à oeuvrer.

Les tenants de la doctrine de la Défense Sociale Nouvelle vont cependant parvenir à convaincre les successeurs du Général de GAULLE à la présidence de la République de la pertinence d'une libéralisation du régime carcéral pour s'assurer la sécurité de la cité : lâcher du lest sur la condition carcérale est la soupape de sécurité pour maintenir l'ordre dans des établissements surpeuplés. En 1970, le Garde des Sceaux de Georges POMPIDOU, René PLEVEN, revient effectivement aux fondamentaux de la Défense Sociale Nouvelle et avance dans l'humanisation du système pénitentiaire : amélioration du régime de la détention provisoire et du contrôle judiciaire, libéralisation des régimes de semi-liberté et du sursis avec mise à l'épreuve. La violente révolte à la centrale de Toul en décembre 1971, suivie par une succession de mutineries carcérales dans les années suivantes, visant à dénoncer les conditions de détention³⁸⁶, amènent René PLEVEN à engager une série de réformes poussant plus avant l'humanisation des prisons. Elles débouchent également sur une diminution sensible de la

³⁸⁵ 25 sur 163 situées en métropole.

³⁸⁶ Ces mouvements amènent Jean-Marie DOMENACH, Pierre VIDAL-NAQUET et Michel FOUCAULT à fonder, par un manifeste du 8 février 1971, le Groupe d'Information sur les Prisons (GIP), afin de communiquer sur ce qui se passe réellement derrière les murs carcéraux, par le biais d'enquêtes et de témoignages notamment, en donnant enfin la parole aux prisonniers eux-mêmes. Ce groupement transcende le simple rassemblement d'intellectuels, il se compose de professionnels oeuvrant en prisons (éducateurs, médecins, etc.), de détenus et de familles de détenus. Le GIP a finalement décidé sa dissolution en décembre 1972.

population carcérale, qui passe de 32 000 à 26 000 détenus entre 1971 et 1975. L'année 1974 amène une nouvelle vague de mutineries qui incite le nouveau président de la République, Valéry GISCARD d'ESTAING, à créer un secrétariat d'Etat à la condition pénitentiaire. Appuyant cette mesure toute politique sur le symbole, il confie ce secrétariat à une femme, Hélène DORLHAC. Poignée de mains échangée lors d'une visite en prison, réforme de 1975 instaurant les centres de détention, au régime plus libéral que les autres prisons, la politique giscardienne semble reprendre à son compte les idées d'après-guerre sur la réhabilitation du délinquant et l'humanisation de la prison. Mais, en parallèle, le discours et les mesures prises par son ministre de l'Intérieur s'avèrent clairement répressifs, allant jusqu'à dénoncer les « prisons quatre étoiles ». On aboutit donc à une illisibilité complète de la politique pénale, finalement davantage tournée vers la fermeté. Le mandat se termine ainsi sur l'apothéose de la loi purement sécuritaire du 2 février 1981 dite « Sécurité et liberté », qui rend plus difficile l'octroi des permissions de sorties et des libérations conditionnelles, étend les possibilités de prononcé de mesures de sûreté etc. La loi travaille cette fois clairement à l'encontre de la doctrine de la Défense Sociale Nouvelle. Une doctrine cependant rapidement rappelée avec l'arrivée de la Gauche au pouvoir en mai 1981, et celle de Robert BADINTER à la Chancellerie. Après l'abolition de la peine de mort, le 9 octobre 1981, il lance une nouvelle série de réformes visant à l'humanisation de la condition carcérale et la libéralisation du régime, entre 1983 et 1985.

Hormis le plan « 15 000 », réduit à 13 000 places de prisons supplémentaires lancé par Albin CHALANDON en 1986, qui marque la persistance dans le choix carcéral comme réponse à la délinquance, il faut attendre les années 2000-2002 pour voir réémerger la question de la condition carcérale. Suite au livre de Véronique VASSEUR dénonçant les conditions de détention à la maison d'arrêt de la Santé, deux commissions parlementaires, l'une émanant de l'Assemblée Nationale, l'autre du Sénat, mènent deux enquêtes parallèles sur les prisons françaises. Les rapports aboutissent à des conclusions similaires sur l'état désastreux des établissements, mais également sur le grand nombre de progrès qui seraient à apporter sur le plan des règles et du fonctionnement de l'institution. Une nouvelle effervescence touche cette question durant ces deux ans, la rédaction d'une loi pénitentiaire est lancée... qui ne verra jamais le jour pour des raisons électorales. Malgré cet échec en fin de course, ces deux années auront fait progresser la réflexion sur l'évolution de l'institution³⁸⁷. La loi du 15 juin 2000 a également permis, de son côté, une diminution du nombre et de la durée des détentions provisoires, ce qui a d'indéniables, quoique insuffisantes, répercussions en matière de surpopulation carcérale ; c'est par contre une victoire certaine sur le plan des libertés fondamentales.

Le discours sécuritaire reprend cependant le haut du pavé suite à la réélection de Jacques CHIRAC à la présidence de la République. Les réformes dites « SARKOZY » et « PERBEN » travaillent toutes dans le sens d'un durcissement de la lutte contre la délinquance et de la politique pénale de manière générale, balayant à nouveau la question carcérale, qui ne réapparaîtra que lors de la campagne présidentielle de 2007. Une nouvelle loi pénitentiaire, promise à cette époque, est promulguée en novembre 2009, composée de cent articles, et posant notamment un premier statut législatif de la personne détenue, mettant ainsi le droit pénitentiaire davantage en conformité avec les exigences constitutionnelles.

Dans son premier article, elle affiche l'orientation donnée au régime d'exécution des peines, c'est à dire le sens de la peine tel qu'il peut être synthétisé à droit constant de ces dernières décennies. La triangulaire « société / condamné / victime » y est défendue comme le cœur des intérêts en présence à concilier, l'article tenant à dissocier la dimension de sanction de celle de réinsertion dans la peine infligée au condamné. C'est bien entendu la prévention de la récidive qui est mise en avant comme motivation de la préparation de la réinsertion – cette dernière étant reconnue comme une « nécessité »³⁸⁸-, l'objectif de responsabiliser la personne

³⁸⁷ Nous pensons notamment au Rapport de M. CANIVET sur le contrôle extérieur des prisons de 2000, qui a finalement abouti à la loi du 30 octobre 2007 créant un contrôleur général de lieux de privations de liberté. Mais on peut également penser, pour une manifestation du changement d'attitude à l'égard du monde carcéral, à l'entrée de l'avocat dans la procédure disciplinaire : la portée symbolique est forte, il a été accepté de ne pas mettre la prison à l'écart de cette réforme issue de la loi du 12 avril 2000, de ne pas dessiner à ce lieu un droit d'exception par rapport à cette loi.

³⁸⁸ Article 1er de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

détenue dans la gestion de sa vie, après sa sortie, apparaissant comme la clef de cette prévention et d'une réinsertion réussie. Les missions attribuées au service public pénitentiaire sont modifiées en conséquence : la triangulaire tête de pont de cette nouvelle loi est rappelée aussi à ce niveau, la prévention de la récidive est insérée parmi les objets de sa mission. Pour ce faire, une politique volontariste d'alternatives à la peine de prison est organisée par ce texte, qui tend à impulser une réelle marginalisation de l'enfermement pour les peines correctionnelles et à renforcer les possibilités d'aménagement de la peine.

La révolution parallèle connue dans les institutions psychiatrique et carcérale, en changeant leur vocation profonde, fait de ces entités de simples lieux de transition pour des personnes à « soigner ». Si le schéma diverge un peu entre une institution psychiatrique uniquement tournée sur la personne traitée pour calculer sans compter son temps de prise en charge, et une institution pénitentiaire qui se doit de recevoir pour un temps défini en grande partie à l'avance, et dans tous les cas connaissant forcément une borne temporelle supérieure, un esprit commun les sous-tend : ce temps de retrait du monde reste théoriquement adapté au cas par cas en fonction de l'évolution de la personne prise en charge. Et ce temps de retrait doit s'avérer moins une coupure avec la société qu'un temps tourné vers le retour futur dans son sein, qui doit être préparé en conséquence.

A une disparition progressive de l'autarcie physique et matérielle par rapport au monde extérieur (chapitre I) vient s'ajouter une intégration juridique des deux institutions dans un droit de moins en moins exorbitant du droit commun (chapitre II). Est signée ainsi la déconstruction du paradigme ancien de l'institution totale, sans pour autant que ces deux institutions étudiées ne soient réellement fondues dans le droit commun ; elles conservent malgré tout un particularisme certain dû à leur nature fondamentale d'institutions privatives de liberté et de traitement de l'individu contre sa volonté, tout d'abord au moment de l'acte originel de prise en charge.

*

* *

CHAPITRE I

LA PERTE DE L'AUTARCIE MATERIELLE

Cette philosophie de la « béance », de l'ouverture à l'Autre sur laquelle s'appuie le désaliénisme, se concrétise dans la porosité organisée des rapports avec l'extérieur. Le phénomène vécu en prison est identique : tombe le mur étanche entre l'institution et le siècle pour créer une interpénétration des deux mondes ; intervenants extérieurs et bruits, informations venant de la société rentrent dans les deux institutions tandis que, en sens inverse, la population enfermée voit s'ouvrir plus fréquemment, plus largement, plus longtemps les portes de ses lieux de réclusion (section I).

Nécessairement, l'organisation interne des deux institutions n'en sort pas indemne. Au contraire, c'est l'ensemble de son fonctionnement interne qui est à repenser, en profondeur. Cela signifie, au-delà du repositionnement par rapport à la société qui lui est imposé, une redéfinition implicite, ou plutôt une remise en accord dans les faits, de la position et du rôle du patient ou du détenu par rapport à l'institution, ainsi que les enjeux profonds de ses propres devoirs à l'égard de cet individu dont elle a, même temporairement, la charge (section II).

SECTION I : LES RAPPORTS DE L'INSTITUTION AVEC L'EXTERIEUR : LA BRECHE CONSOMMEE DANS LA CLAUSTRATION INSTITUTIONNELLE

Les institutions psychiatrique et pénitentiaire vont connaître deux évolutions parallèles travaillant dans le même sens : d'un côté, l'hôpital psychiatrique, en tant que lieu et modalité de soin fermés, va s'ouvrir sur l'extérieur. Intervenants réguliers et visiteurs d'un jour vont pénétrer l'enceinte anciennement asilaire en plus grand nombre, la culture et la vie « normale » vont venir envahir l'enclos retranché de l'hôpital psychiatrique. D'un autre côté, les principales catégories de personnes peuplant l'hôpital psychiatrique vont sortir dans la cité : les malades, désormais de plus en plus suivis en ambulatoire *via* la sectorisation psychiatrique, et les soignants qui vont les suivre.

Un processus similaire opère en prison, qui connaît la même évolution biface dans son ouverture sur le monde extérieur. Simplement, s'il ne s'agit plus de suivi ambulatoire : cette fois, il se reporte sur l'évolution des aménagements de peine, à visée de réinsertion du détenu dans la société.

L'évolution des rapports extérieur vers l'intérieur (I) *versus* intérieur s'expatriant à l'extérieur (II) est donc lourde de signification dans la concrétisation qu'elle apporte aux deux révolutions doctrinales connues par les institutions psychiatrique et pénitentiaire.

I. L'EXTERIEUR RENTRANT A L'INTERIEUR

L'intensification des échanges avec l'extérieur joue sur plusieurs tableaux, allant de l'instauration créatrice par l'entrée de nouveaux personnages à l'aménagement de statuts d'indépendance pour des catégories ayant déjà droit de pénétrer dans cette enceinte, de l'entrée de nouvelles activités à l'intensification de celles existant déjà. Dans les deux types de cas de figure, la révolution est importante car significative d'un nouvel âge, d'une nouvelle place de ces institutions dans la société. Entrée de personnes extérieures à l'institution en tant que professionnels ayant un rôle institutionnellement reconnu (A), des avocats (C), de la famille et des proches (D) ou encore relations au monde extérieur plus virtuelles par le biais des communications indirectes – épistolaires ou téléphoniques (E), de la culture et de l'information (B) –, tous ces liens à la société, au « dehors », trouvent leur place sur ces tableaux et sont représentatifs, chacun à leur manière, de cette révolution.

A · LES INTERVENANTS EXTERIEURS PROFESSIONNELS OU ASSIMILES

Les intervenants professionnels, entrant déjà de longue date dans l'institution pénitentiaire (2), restent moins diversifiés pour l'institution psychiatrique (1). L'instituteur, notamment, ne semble pas avoir une place institutionnelle auprès des personnes atteintes de troubles psychiques alors que son entrée en détention est ancienne. On voit à travers cet exemple que, de toute évidence, les objectifs de chacune de ces institutions et les perspectives de sortie offertes jouent un rôle décisif sur les types d'intervenants présents dans chacune d'elles.

§ 1. Dans les services de psychiatrie

Cette entrée de la société dans l'hôpital psychiatrique s'est affirmée d'abord dans des établissements avant-gardistes, lieux de création de la psychothérapie institutionnelle. Ainsi, historiquement, on ne peut faire l'impasse, à ce niveau, sur le phénomène matriciel qu'a été l'hôpital psychiatrique lozérien de Saint-Alban-sur-Limagnole³⁸⁹. Le grand avantage de ce petit asile de province, à l'époque, est d'être perdu dans la montagne, éloigné des grandes villes stratégiques du Gouvernement pétainiste et de l'Occupation – Paris, Lyon, Vichy. Son premier médecin-chef avant-gardiste, Paul BALVET, ouvre les portes de l'asile aux réfugiés dès la débâcle de 1940. Un geste qui, amène la « *vie du dehors*, [...] *grouillante* »³⁹⁰ et porteuse du sentiment d'affolement comme du contexte belliqueux à côté duquel vit l'asile, et qui, par ricochet, relativise la souffrance de la folie même « *la plus authentique* »³⁹¹, la rend « *presque dérisoire* »³⁹², selon les termes de François TOSQUELLES³⁹³, en introduisant une autre souffrance, universalisée, depuis l'extérieur. Dans la continuité de cette ouverture, l'hôpital, foyer de résistants, notamment parmi les psychiatres, accueille compagnons d'armes et communistes. Or tous les malades, aux dires de TOSQUELLES, ont conscience de la présence de ces résistants cachés dans l'enceinte de l'établissement, ils comprennent la situation dans laquelle est plongé le pays durant ces années de guerre.

Par la suite, la psychothérapie institutionnelle va surtout s'intéresser, on l'a vu, au soin dans un établissement communautaire ; elle repense l'hôpital psychiatrique mais sans le détruire ni en souhaiter la disparition. Au contraire, elle cherche à le repenser pour abolir le caractère

³⁸⁹ Jean OURY parle de la « *matrice saint-albanaise* », cf. P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 106

³⁹⁰ Expression de François TOSQUELLES dans *Recherches* n° 17 de 1975, cité par P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 106

³⁹¹ *Idem* p. 106

³⁹² *Idem* p. 106

³⁹³ Psychiatre espagnol (1912-1994), républicain réfugié en France suite à sa condamnation à mort par le régime franquiste, et accueilli en 1939 en tant que soignant à Saint-Alban par Paul BALVET, dont il devient le médecin-chef en 1952, il est au fondement de la théorie de la psychothérapie institutionnelle.

total mais garder l'institution communautaire de soin. Elle ouvre donc l'institution sur l'extérieur, lui fait perdre son caractère opaque mais en garde le caractère protecteur, voire d'accueil social pour des individus qui, sans cet abri, finiraient à la rue. Or, comme le souligne François TOSQUELLES, « [q]u'un lieu soit ouvert ou fermé, ça ne dépend pas uniquement des murs.[...] »³⁹⁴. L'institution, rebâtie autour de sa nouvelle conception du soin et des rapports au sein de l'hôpital, s'appuie par exemple sur le nouveau concept de « clubs thérapeutiques », « [...] au sein desquels les malades organisent eux-mêmes leur vie [...] »³⁹⁵. Le fonctionnement de ces structures au sein de l'hôpital oblige les malades à aller se nourrir du monde environnant, à éventuellement faire participer des intervenants externes à l'institution, donc, dans tous les cas, à s'ouvrir sur l'extérieur³⁹⁶.

Des intervenants externes vont également progressivement pénétrer dans l'institution, notamment par le biais de Centres de Traitement et de Réinsertion Sociale, créés à l'intérieur des murs hospitaliers. Ces centres sont le dernier sas avant la sortie. Ils drainent en conséquence tout un personnel paramédical ou social étranger au monde asilaire – moniteurs d'éducation physique, conseillers du travail, assistantes sociales, etc. – visant à aider la réintégration prochaine du patient dans la cité. L'introduction de ce nouveau personnage qu'est l'intervenante sociale prend d'ailleurs un sens tout à fait symbolique puisque celle-ci joue généralement le rôle d'interface entre la vie extérieure du patient, antérieure à l'internement ou à venir, et lui-même. Elle ramène donc des questions pragmatiques, tirées tout droit de la gestion de la vie quotidienne de l'individu placé dans la société, au sein de l'institution : emploi, loyer, démarches sociales diverses telles que des demandes d'allocations diverses. Elle maintient ainsi, par procuration, une place dans la société au malade le temps de son internement et lui prépare, sur le plan matériel, son retour à la cité, en travaillant éventuellement à l'adaptation de l'ancienne situation aux décisions thérapeutiques prises par l'équipe de soignants : quel sera le devenir de l'appartement en location si le patient part, à sa sortie, en appartement thérapeutique ? et autres questions de même teneur. Il ne s'agit évidemment pas, pour elle, de prendre des décisions sur ce plan, mais de prévenir les organismes ou personnes adéquats afin que la personne retrouve une place qui lui permette une réintégration optimale dans la société à son retour.

§ 2. En prison³⁹⁷

En prison, plusieurs fonctions ont déjà pénétré l'institution, on l'a évoqué, mais généralement sous forme de personnel de l'institution pénitentiaire. Instituteurs et encore davantage aumôniers sont ainsi des présences de longue date dans les murs carcéraux, mais de quelle indépendance jouissent-ils ? La Réforme AMOR va diversifier ces présences extérieures à l'institution et surtout, ces dernières vont progressivement gagner en indépendance.

Les aumôniers, en premier lieu, connaissent un revirement symptomatique de leur place au sein de l'institution carcérale. Instrumentalisés durant presque tout le XIX^e siècle, en tant que porteurs de la parole rédemptrice et moralisatrice, et alors que la pratique religieuse devient une obligation pour les détenus, ils acquièrent leur indépendance à partir du moment où la société se laïcise. A partir de cette fin du XIX^e siècle, en effet, la religion et son discours prennent une valeur propre, basée sur la relation de l'Homme à Dieu et surtout sur une démarche volontaire du détenu, éventuellement incitée mais non plus obligée par l'aumônier. Elle perd donc cette

³⁹⁴ F. TOSQUELLES dans *Recherches* n° 17 de 1975, cité par P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 107

³⁹⁵ P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 108

³⁹⁶ On peut prendre, comme exemple de club celui créé autour de la rédaction d'un journal, qui oblige à aller chercher des informations et à s'intéresser à l'extérieur de l'institution.

³⁹⁷ Les articles concernant la vie spirituelle en prison ont été recodifiés par le décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010 ; on trouve désormais les règles fixées par les anciens articles D. 432 à D. 439 CPP aux nouveaux articles R. 57-9-3 à R. 57-9-7 CPP complétés des nouveaux articles D. 439 à D. 439-5 CPP. Les articles concernant le SPIP et ses missions sont restés, par contre, les articles D. 460 à D. 465 CPP et D. 572 à D. 575 CPP. Sur le sujet de l'enseignement en prison, les articles D. 452 à D. 456 CPP ont été recodifiés sans changements internes aux nouveaux articles D. 436 à D. 437 CPP. Enfin, la référence à l'article D. 368 CPP à propos de l'organisation sanitaire est toujours valable, l'ensemble des articles traitant de l'organisation des soins en prison ayant pour leur part gardé leur numérotation initiale et n'ayant pas subi de changement substantiel.

inféodation à l'institution carcérale qui faisait de la religion un « [...] *moyen de traitement pénitentiaire* »³⁹⁸. Le rapport à la religion, et avec lui les aumôniers, vont gagner en authenticité ce qu'ils auront perdu en présence et publicité au sein de l'institution. Cela va s'accompagner d'une diversification des cultes présents en prison, l'Islam devenant une force montante à ce niveau dans les prisons françaises ces dernières décennies. C'est bien ce qu'exprime Laurent RIDEL lorsqu'il résume la situation de l'aumônier au moment de la Réforme AMOR : « *Dès l'aube du XXe siècle, l'église catholique perdant peu à peu de son audience et de son importance politique, se voit confiner dans un rôle beaucoup plus marginal au sein des prisons. Les aumôniers vont dès lors apparaître comme extérieurs et, dans une certaine mesure, étrangers à l'institution pénitentiaire dont les règles continuent cependant de s'appliquer à eux.* »³⁹⁹. Des personnes représentant donc réellement un lien avec l'extérieur, mais qui gardent, en outre, un statut privilégié au sein de l'institution. Ainsi, l'application de la loi de 1905, dans la partie moins connue de son article 2 qui maintient une rétribution des services d'aumônerie dans les lieux où sont rassemblées des personnes privées de liberté ou assimilées, reste donc d'actualité : aujourd'hui encore, les aumôniers, toujours habilités par l'administration, sont donc indemnisés de leurs interventions en prison par l'administration pénitentiaire et leurs frais de culte pris en charge. En parallèle, le Code de procédure pénale fait du droit à exercer son culte une prérogative du détenu⁴⁰⁰ et organise, à ce titre, une indépendance et toute une relation basée sur la confidentialité en faveur de l'aumônier. Ainsi, les aumôniers peuvent s'entretenir aussi souvent qu'ils le souhaitent avec les détenus « [...] *de leur culte* »⁴⁰¹, mais surtout, ces entretiens doivent avoir lieu hors de la présence de tout surveillant⁴⁰², de même que la correspondance écrite entre les détenus et leur aumônier s'effectue sous pli fermé⁴⁰³. En conséquence, d'une part, les aumôniers font partie des rares intervenants extérieurs qui peuvent rendre visite à un détenu même placé au quartier disciplinaire, aucune sanction disciplinaire ne pouvant ôter au détenu cette possibilité d'entretien avec un ministre de son culte⁴⁰⁴. De même et d'autre part, ils disposent des clefs des cellules des détenus et éventuellement d'autres locaux, afin de garder une liberté de contact accrue avec la population pénale. Ce statut tout-à-fait exceptionnel au sein de la détention laisse entrevoir la confiance dont jouissent les représentants de la religion de la part de l'administration pénitentiaire ainsi que la place qu'elle conserve malgré la laïcisation de la société et l'ancrage tout particulier de cette laïcité en France. Une confiance et une place étonnement parallèles de la part des prisonniers qui ont parfaitement intégré le concept du secret de la confession et font éventuellement des aumôniers des confidents sur un mode parfois davantage psychologique ou psychanalytique que religieux. Mais dans tous les cas, ce sont toujours des personnes venues de la société qui s'introduisent derrière les murs, qui apportent une parole autre que celle pénitentiaire, ouvrant le détenu sur une autre dimension de l'Homme et, à défaut, sur un réconfort moral.

Les assistantes sociales ont été introduites en prison, pour leur part, par la Réforme AMOR en 1945 qui instaure, par son dixième Principe, un « *service social et médico-psychologique* ». Une circulaire du 29 juin 1945 vient concrétiser ce projet en créant effectivement un service social dans chaque établissement pénitentiaire, projet expérimental qui sera fixé, après les évolutions et ajustements nécessaires dans la définition de leurs missions, par le décret du 1er avril 1952. Certes, ces assistantes sociales sont donc des fonctionnaires de l'Etat, autrement dit du personnel de l'Institution. Leur rôle de lien avec l'extérieur et d'aide au

³⁹⁸ Père A. CLAVIER, « Les droits religieux des détenus », *RPDP*, 1984, n°1, p. 12

³⁹⁹ L. RIDEL, « Les aumôniers catholiques en milieu carcéral », *RPDP*, 1988, p. 109

⁴⁰⁰ Article D. 432 CPP

⁴⁰¹ Alinéa 1er de l'article D. 437 CPP

⁴⁰² Alinéa 2 de l'article D. 437 CPP

⁴⁰³ Article D. 438 CPP. Mais l'article précise bien que l'aumônier doit être « [...] *agréé auprès de l'établissement* » et que la correspondance avec les auxiliaires d'aumônerie ne bénéficie pas de la même protection de sa confidentialité : elle reste soumise au droit commun applicable en matière de correspondance.

⁴⁰⁴ Alinéa 1er de l'article D. 437 CPP

reclassement du prisonnier dans la société leur donne cependant une place à part⁴⁰⁵. Leur activité tournée sur le retour à la société du prisonnier, mais également sur le suivi social de la famille nécessiteuse que le prisonnier a pu laisser à l'extérieur porte à les classer parmi les intervenants venant de l'extérieur, faisant rentrer en prison, depuis « l'extérieur » une dimension et des problématiques issues de la société civile. Bien entendu, elles se voient attribuer un rôle important également à l'intérieur des murs, mais portant là encore sur l'hygiène de la prison, l'entrée de la culture dans l'institution et le lien avec les autres intervenants venus de l'extérieur. Elles mènent également, dans un cadre criminologique à la mode au sortir de la guerre, les enquêtes sociales, au-dehors, portant notamment sur les condamnés récidivistes, afin d'établir un genèse du phénomène criminel apparu chez ces individus. Ce sont elles, enfin qui, dans le cadre du régime de semi-liberté puis de la libération conditionnelle, cherchent hébergement et emploi aux détenus bénéficiaires. Autant de tâches qui paraissent venir de la société civile, des notions peu connues dans l'institution. En 1999, une importante réforme⁴⁰⁶ a amené les services socio-éducatifs pénitentiaires à se fusionner avec les Comités de Probation et d'Assistance aux Libérés (CPAL), assistants sociaux chargés de l'exécution des peines en milieu ouvert ou des mesures prises éventuellement avant jugement. Les Services Pénitentiaires d'Insertion et de Probation (SPIP) assurent donc désormais le suivi social et celui de l'exécution de la peine à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de la prison, pour des peines carcérales, bien entendu, mais également pour des alternatives à l'incarcération⁴⁰⁷. Avec ce système, les pouvoirs publics comptent, en effet, sur une meilleure coordination entre le travail en prison et celui *post*-carcéral, et surtout sur une meilleure articulation entre l'activité de réinsertion dévolue à l'administration pénitentiaire et les politiques publiques d'action sociale. Dans le cadre purement carcéral, les SPIP gardent ce rôle de lien avec l'extérieur, de « [...] *particip[ation] à la prévention des effets désocialisants de l'emprisonnement sur les détenus [...]* » et d'aide au « [...] *maintien des liens sociaux et familiaux* »⁴⁰⁸, en même temps que d'aide à la réinsertion des sortants de prison. C'est également par ce service que rentre encore l'extérieur dans l'enceinte carcérale puisqu'il conserve également son rôle de force de proposition et d'organisation de l'action culturelle entre les murs. Son ouverture sur la partie « milieu ouvert » de l'exécution des peines est significative de l'orientation des politiques actuelles en matière pénale et, dans l'idéal, devrait renforcer ce lien de la prison avec l'extérieur en facilitant les relations entre les deux types d'exécution de peines et éventuellement, en favorisant les passerelles entre les mesures⁴⁰⁹. Si dans la pratique, le manque de personnel⁴¹⁰ empêche un travail approfondi et surtout la prise en charge de tous les dossiers qui leur arrivent, ce caractère de lien avec la société « du dehors » demeure prépondérant et l'évolution actuelle du métier⁴¹¹, orienté davantage vers la prévention de la récidive, ne modifie pas cette donnée.

Instituteur et médecin ou personnel soignant de manière générale, enfin, ont connu la même évolution. Présents en prison depuis le XIX^e siècle, ils ont été des intervenants extérieurs mais employés par l'administration pénitentiaire, chargée directement d'assurer ces deux types de prises en charge. Le Code de procédure pénale imposait en effet alors à l'administration

⁴⁰⁵ La circulaire de Paul AMOR du 29 juin 1945 précise, sans ambiguïtés : « Ce service social doit être le lien fraternel entre le condamné et sa famille en même temps qu'un instrument actif du relèvement du condamné et de son reclassement à la libération. » (source : J.-Cl. VIMONT, « Les missions des assistantes sociales dans la Réforme pénitentiaire après 1945 », [en ligne], *criminocorpus*, CNRS, 2009.)

⁴⁰⁶ Décret n° 99-276 du 13 avril 1999 « modifiant le Code de procédure pénale et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation »

⁴⁰⁷ Articles D. 460 à D. 465 du CPP et chapitre I du titre XI du CPP (articles D. 572 et s.)

⁴⁰⁸ Article D. 460 CPP

⁴⁰⁹ Sous condition, bien entendu, de décision en ce sens du juge d'application des peines, qui serait un entérinement simple de la proposition du service.

⁴¹⁰ Cf. sur ce point les chiffres et analyses de la Cour des comptes dans son rapport de juillet 2010, COUR DES COMPTES, Le service public pénitentiaire : « Prévenir la récidive, gérer la vie carcérale ». Rapport public thématique, Paris, La Documentation française, juillet 2010, pp. 98-99 et le paragraphe 3/ dans la conclusion générale p. 168

⁴¹¹ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », *op. cit.*, 2010, pp. 103-110

pénitentiaire, dans son article D. 380, de prendre en charge la santé des détenus, de même qu'elle avait à le faire pour leur gîte, leur couvert et leur chauffage. De même, l'article D. 452 requérait la dispensation d'un enseignement primaire « [...] dans tous les établissements pénitentiaires. ».

Le statut de vacataire de l'administration pénitentiaire octroyé à ces intervenants les rendait très dépendants d'une administration libre de mettre fin à leur contrat dès lors qu'elle estimait qu'ils avaient commis une incartade, notamment en cas de critique de son fonctionnement. La qualité de l'intervention laissait en outre à désirer, ce personnel, généralement en nombre insuffisant, n'étant pas doté de tous les moyens qu'aurait mis à son service une politique publique organisée par son ministère. En matière de soins, la Croix-Rouge était généralement chargée de la santé en prison, les détenus étant exclus, du fait même de leur incarcération, du système de la Sécurité sociale. Du côté de l'enseignement, ce dernier est assuré depuis 1963 principalement par des enseignants issus de l'Education Nationale.

Ce n'est qu'en 1994 pour la Santé⁴¹² et en 1995⁴¹³ pour l'enseignement que des conventions interministérielles sont signées, transférant la tutelle de l'activité au ministère spécialisé au détriment de celui de la Justice pour la première, créant un véritable service public de l'enseignement en prison au sens où l'activité devient réellement structurée de manière harmonisée et solide sur l'ensemble du territoire pour le second. Cela offre une qualité de service supérieure puisque l'intervention en prison devient pour chacun des deux ministères une politique à part, dotée de réels moyens ; en outre, cela donne une indépendance nouvelle aux intervenants qui perdent leur statut de personnel de l'administration pénitentiaire⁴¹⁴.

En matière de santé, une Unité de Consultations et de Soins Ambulatoires (UCSA) implantée au sein de chaque établissement pénitentiaire permet l'accueil rapide de tous les détenus souffrants, y compris éventuellement sur un plan psychologique. L'UCSA sert en effet de lieu de consultation aux psychiatres vacataires dans les établissements non-dotés de Service Médico-Psychiatrique Régional (SMPR)⁴¹⁵. Un certain consensus se retrouve dans les témoignages de prisonniers qui considèrent l'UCSA comme une enclave sinon de « douceur », du moins de liberté de parole au sein de la détention hostile et rude. Le personnel soignant est en effet tenu au secret médical⁴¹⁶. Les entretiens doivent donc, en principe, avoir lieu hors de la présence d'un surveillant, une mesure en pratique couramment dénoncée comme bafouée⁴¹⁷.

⁴¹² Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 « relative à la santé publique et à la protection sociale. Soins en milieu pénitentiaire et protection sociale des détenus » et article D. 368 CPP

⁴¹³ Convention signée entre le ministère de la Justice et celui de l'Education Nationale mettant en place les Unités Pédagogiques Régionales et signée le 19 janvier 1995 ; circulaire du 27 avril 1995 « définissant les orientations de l'enseignement en milieu pénitentiaire », remplacée aujourd'hui par la circulaire du 29 mars 2002 JUSE0240076C « Orientations de l'enseignement en milieu pénitentiaire ». En réalité, cette convention permet à ces enseignants d'être désormais affectés sur des postes spécialement créés en prison ou d'intervenir par le biais d'heures supplémentaires, mais en tout cas dans le cadre commun de l'organisation de l'Education Nationale. Ils ne sont pas dotés d'un statut particulier, tel que le détachement ou la mise à disposition, pour effectuer cette mission (par contre, ils suivent une formation spéciale pour adapter leur métier à ce public si particulier, avec des besoins propres). En outre, cette organisation a été rationalisée et généralisée, mettant fin aux disparités dépendant de volontés locales pour mettre en place des interventions locales. Dans tous les cas, le décret n° 93-193 du 8 février 1993 modifie l'article D.456 CPP en interdisant au personnel pénitentiaire d'assurer des activités d'enseignements. Le monopole n'est cependant pas complet en faveur de l'Education Nationale puisque des bénévoles tels que les visiteurs de prison ou des associations peuvent, pour leur part, concourir à ces activités d'éducation et délivrer des enseignements (alinéa 2 de l'article D. 456 CPP).

⁴¹⁴ Article D. 368 CPP pour le domaine de la santé

⁴¹⁵ Sur les SMPR, cf. explications *infra*, cette partie, titre II, chapitre 1, section II, point III, pp. 201-204

⁴¹⁶ Article L. 1110-4 CSP

⁴¹⁷ Cf pour exemple : « Maison d'arrêt de Toulon : le secret médical n'es pas respecté », *La Marseillaise*, 10/12/2001, cité par OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Le Guide du prisonnier*, Paris, La Découverte, coll. « Guides », 3e éd., 2004. Cf. également les développements afférents aux recommandations 8 et 9 de COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues*, 2006, CCNE, *La santé et la médecine en prison*, Avis n° 94, 2006, pp. 29-30 et L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Paris, Editions de l'Assemblée Nationale, coll. « Les Documents d'Information de l'Assemblée Nationale », n° 2521, tome I, 2000, p. 213 ainsi que site de l'OIP. Faire distinction entre secret médical et présence des surveillants. O. CLIGMAN, L. GRATIOT et J-C. HANOTEAU, *Le droit en*

En matière d'enseignement, les unités pédagogiques régionales en milieu pénitentiaire (UPR) concernent certes l'enseignement primaire mais se doivent de délivrer toutes les formations initiales et de préparer à tous les examens et diplômes de l'Education Nationale. Chaque établissement pénitentiaire doit de toute façon assurer au minimum l'enseignement primaire, des cours spécialement conçus pour les illettrés étant prévus par le Code de procédure pénale⁴¹⁸. En parallèle, les détenus peuvent avoir accès à des cours par correspondance⁴¹⁹ émanant du CNED⁴²⁰ ou de l'association Auxilia⁴²¹. Le premier notamment, souligne la similitude de l'enseignement divulgué en prison par rapport à celui dispensé dans la société civile. De même, les détenus ayant à valider leurs acquis par des examens dont les épreuves se déroulent hors de l'établissement pénitentiaire peuvent obtenir une extraction ou, selon les cas, une permission de sortir pour l'occasion⁴²². Le détenu se retrouve ainsi fondu dans la masse des élèves ou étudiants passant les mêmes épreuves que les aspirants de la société civile et obtenant donc les diplômes qui ont cours dans le cadre éducatif ou universitaire commun. Le droit à l'éducation est un droit reconnu fondamental aujourd'hui, et de toute évidence, l'accès à l'enseignement est un gage de plus grande facilité de réintégration d'une vie honnête à la sortie de prison.

Ces deux services sont donc une infiltration du monde extérieur en détention, moins par l'apport direct d'un lien avec la société civile – quoique cette action soit déjà indéniable – que par l'ingérence entre les murs carcéraux de deux services civils, qui tentent de fonctionner au plus près de leur fonctionnement en milieu libre. Un regard libre puisque indépendant, de la part de ses acteurs, qui peuvent également juger les conditions de détention à l'aune de la vie dans la société libre. Or ces intervenants voient passer une forte proportion de la population incarcérée : pour les médecins et le personnel soignant, l'ensemble de la population de leur établissement se présente à eux, ne serait-ce qu'en raison de la visite médicale d'entrée en détention⁴²³, et pour les enseignants, ce sont près de 23 % des détenus adultes qui ont été scolarisés, tous niveaux confondus, en 2007⁴²⁴.

B · CULTURE ET INFORMATION

Culture et information sont désormais bien ancrées en prison, étant même partie prenante de la dimension de réinsertion de l'institution et en devenant l'un des principaux étendards (2), tandis que leur existence est plus discrète à l'hôpital psychiatrique, moins ouvert aux intervenants extérieurs dans le cadre de ses unités fermées (1).

§ 1. Dans les services de psychiatrie

L'enseignement entre en lien direct avec la culture⁴²⁵, qui pénètre également de manière

prison, Paris, Dalloz, coll. « Etats de droits », 2001, p. 131 sur le secret médical évoque également le problème concernant le secret médical.

⁴¹⁸ Article D. 452 CPP

⁴¹⁹ Article D. 454 CPP

⁴²⁰ Centre National d'Enseignement à Distance

⁴²¹ L'avantage de cette association appuyée sur un réseau de professeurs bénévoles est que ses cours sont gratuits.

⁴²² Article D. 455 CPP

⁴²³ Article D. 381 à D. 383 CPP

⁴²⁴ Chiffre tiré de DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, « L'enseignement en prison », Ministère de la justice, 2008 p. 4, confirmé par une synthèse de l'enseignement en prison en ligne http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Presentation_synthetique_enseignement_en_2009.pdf, consultée le 21/9/2009. Le chiffre est de 22,8 % en 2008 (source : COMMISSION NATIONALE DE SUIVI DE L'ENSEIGNEMENT EN MILIEU PENITENTIAIRE, *Bilan de l'enseignement sur l'année 2008 et le premier trimestre 2009. Rapport établi par la direction de l'administration pénitentiaire*, 2009, p.8, [en ligne], consulté le 21/9/2009

⁴²⁵ Comme le rappelle Bernard BOULOC en introduction d'une allocution sur les droits culturels des détenus, le terme « culture » est imprécis. On peut y inclure tout « [...] *enrichissement de l'esprit par des exercices intellectuels* » ou y voir « [...] *l'ensemble de traditions technologiques et artistiques caractérisant une période*

plus accrue les deux institutions considérées après la fin de la Seconde guerre mondiale. Certes, les premières années de cet après-guerre maintiennent un rapport d'amateur avec les activités culturelles, vécues principalement sur le mode du loisir. Les hôpitaux psychiatriques ont toujours occupé leurs malades avec des ateliers-théâtre à côté des bals et autres participations aux carnivals. Ces actions ont gagné en qualité et en facilité de mise en oeuvre à partir du moment où les DRAC et les ARH ont passé ensemble des conventions visant au développement de la culture à l'hôpital. Ces conventions concrétisent la mise en place du programme national « Culture à l'Hôpital », créé par une convention signée entre le ministère de la culture et le secrétariat d'Etat à la santé de l'époque le 4 mai 1999⁴²⁶ et renforcée aujourd'hui par un « protocole d'accord entre le ministère de la Culture et de la Communication, le ministère de la Santé et des Solidarités et le Cercle des partenaires » signé le 10 janvier 2006 ⁴²⁷. Certes, l'institution psychiatrique se fonde alors administrativement dans la masse hospitalière mais on peut noter sa présence appuyée au niveau de la mise en oeuvre d'actions culturelles par rapport aux autres services hospitaliers⁴²⁸. De leur côté, les associations d'artistes vont jouer un rôle important de coordinateur de l'action culturelle entre le monde de l'art et celui de l'hôpital. Désormais donc, les formes d'art les plus diversifiées rentrent à l'hôpital psychiatrique, autant sur le plan du spectacle vivant que de l'audiovisuel, des arts plastiques, de la lecture ou de l'écriture, voire du patrimoine. Un des premiers objectifs de la convention est notamment la création et le développement de bibliothèques dans les hôpitaux⁴²⁹. Une dimension thérapeutique, avec l'organisation d'ateliers impliquant les patients dans le montage de pièces de théâtre, de films, de rédactions de textes etc. peut également être envisagée, mixte, alors, entre l'activité culturelle et celle médicale.

Au-delà de cette pénétration du monde extérieur et d'une part de son imaginaire au sein d'une institution elle-même creuset de créativité et de ses propres fantasmes, des structures culturelles comme La Ferme du Vinatier⁴³⁰, créée en 1997, s'affichent également comme acteur d'une diffusion artistique ouvrant l'hôpital sur la cité et visant à faire évoluer la représentation de la psychiatrie au sein de la société, « [...] *un interface entre l'hôpital et la cité* »⁴³¹.

historique. » (B. BOULOC, « Les droits culturels des détenus », dans *La condition juridique du détenu*. Actes du colloque international d'avril 1992 à Poitiers, Paris, Cujas, 1993, pp. 113 et 114). Eventuellement même peut-on y rajouter des activités physiques et sportives. Les ouvrages abordant le sujet joignent effectivement fréquemment activités culturelles, sport et loisirs. Dans le développement suivants, nous avons préféré nous en tenir à une définition stricte de la culture. Nous n'approchons donc que les activités définies par Monsieur BOULOC comme « [...] *activités culturelles d'ordre intellectuel* » (B. BOULOC, « Les droits culturels des détenus », dans *La condition juridique du détenu*, op. cit., 1993, p. 114), celles constituant les disciplines qu'a à gérer le ministère de la culture. En aucun cas pour s'appuyer sur une soi-disante culture d'Etat, mais plutôt *parce que* le rassemblement de toutes ces disciplines, et seulement ces disciplines, au sein d'une même haute administration d'Etat nous paraît avoir une cohérence probante. Nous y rajoutons, par affiliation, le sport, qui peut être considéré comme la base d'une micro-culture, en tout cas un point de reconnaissance, notamment dans les milieux sociaux dont *est* issue la majorité de la population pénale.

⁴²⁶ Convention entre le Ministère de la culture et de la Communication et le Secrétariat d'Etat à la Santé et à l'action sociale du 4 mai 1999, en ligne *via* le site du ministère de la Culture, <http://www.culture.gouv.fr/culture/politique-culturelle/hopital/>, consulté le 25/9/2009

⁴²⁷ En ligne *via* le site du ministère de la Culture, <http://www.culture.gouv.fr/culture/politique-culturelle/hopital/>, consulté le 25/9/2009

⁴²⁸ Un calcul simple sur la fiche recensant, entre autres, les jumelages entre équipements culturels et établissements hospitaliers existant au moment des Premières Journées Nationales de la Culture à l'Hôpital (15-16 mars 2002) nous a fait apparaître que près de 40 % des établissements concernés étaient des hôpitaux psychiatriques. (« Tableau récapitulatif des subventions accordées au titre des arts vivants », document non publié, interne à la Direction Régionale de Affaires Culturelles des Pays de la Loire, année 2006-2007)

⁴²⁹ Article 2 de la convention du 4 mai 1999

⁴³⁰ Le Vinatier, sis à Bron, est le centre hospitalier psychiatrique des Hospices Civils de Lyon

⁴³¹ Site de présentation de La Ferme du Vinatier, [en ligne], http://www.ch-le-vinatier.fr/ferme/la_ferme_presentation.php, consulté le 26/9/2009

§ 2. En prison⁴³²

La culture est entrée en prison, pour sa part, par le biais de la lecture et des bibliothèques créées dans les prisons dès la fin du XIX^e siècle. Les fonds se sont cependant fortement accrus depuis, la censure n'étant plus que l'exception et chaque établissement devant être désormais doté de sa propre bibliothèque, qui doit être d'un accès facile de par sa localisation au sein de la détention et doit effectivement donner un accès « [...] *direct et régulier à l'ensemble des documents* » à tout détenu qui le souhaite⁴³³. Sans compter que, depuis le décret libéral de 1975, ouvrages et journaux peuvent entrer largement en détention par le biais de la cantine qui permet également aux détenus de souscrire à des abonnements.

La culture pénètre également la prison, depuis la fin de la guerre, *via* l'organisation d'activités collectives : l'introduction du sport en prison, et notamment de sports collectifs, est en effet considérée à la fois comme très éducative, par l'apprentissage du respect de règles et d'un travail d'équipe pour chercher la victoire, et par un travail de maîtrise de soi, et comme un bon canalisateur de l'énergie des détenus, qui sont pour une bonne proportion des hommes jeunes. Cet adjuvant à la resocialisation ouvre également sur l'extérieur, l'administration pénitentiaire n'hésitant pas, et ce depuis au moins la fin des années 1950, à organiser des rencontres avec des équipes d'autres établissements et, surtout, avec des équipes venant de la société civile⁴³⁴. D'autres sports, davantage centrés sur le rapport à soi-même tels que le yoga, voire la musculation, acceptée depuis les années 1980 seulement, tendent à se développer en parallèle.

En-dehors de cet assimilé culturel qu'est le sport, de véritables activités culturelles servent de prétextes aux ateliers les plus variés : théâtre, où les détenus peuvent aller jusqu'à écrire la pièce qu'ils jouent ensuite, arts plastiques (de la photographie ou la peinture et sculpture au *design*), musique, avec éventuellement des concerts exécutés à l'attention des enfermés par des artistes parfois illustres⁴³⁵, audiovisuel, où là encore, ils peuvent être amenés à monter des courts-métrages, et, plus étonnant, patrimoine, notamment par le biais de l'animation muséale (expositions de peintures etc.)⁴³⁶. Ces activités purement culturelles se sont diversifiées au fil des années, surtout depuis la mise en place du partenariat entre les ministères de la Culture et de la Justice concernant la diffusion de la culture, sous toutes ses formes, en détention⁴³⁷. Même si un certain nombre existaient déjà vers 1960⁴³⁸, elles ont indéniablement gagné en qualité. En outre, d'un point de vue théorique, le décret du 6 août 1985 a transformé le conditionnel de l'ancienne rédaction en un indicatif bien plus péremptoire quant à la nécessité d'organiser des activités socio-culturelles dans chaque établissement pénitentiaire⁴³⁹. Le principe s'appuie, bien entendu, sur l'intervention de personnes extérieures à la détention, généralement des professionnels et/ou

⁴³² Les règles concernant la vie culturelle en prison ont été réorganisées et renumérotées par le décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, mais sans transformation au fond du droit : l'article D. 440 demeure en place, par contre, les anciens articles D. 443 à D. 449-1 CPP ont pu être en partie redécouverts et réorganisés. Les bornes de la section restent cependant les mêmes numéros d'articles. On notera par contre la création par le décret n°2010-1634 de l'article R. 57-9-8 CPP fixant les restrictions à l'accès aux publications écrites et audiovisuelles.

⁴³³ Article D. 441-2 CPP

⁴³⁴ Cf. V. HOURCQ, « Les loisirs des détenus », *RPDP*, 1959, p. 156 et SACOTTE, « Les activités culturelles et de loisirs dans la vie carcérale », *RPDP*, 1976, p. 737

⁴³⁵ Maxime LE FORESTIER a eu l'occasion de se produire en prison, de même que la Folle Journée réitère chaque année depuis 2002 l'expérience de l'organisation d'une série de rendez-vous culturels en lien avec le thème annuel de la manifestation nantaise.

⁴³⁶ Cf. également, pour des listes d'exemples variés, CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ (CGLPL), *Rapport d'activité 2009*, [en ligne], site du CGLPL, 2010, pp. 65-71

⁴³⁷ Après des circulaires séparées, datant du 28 octobre 1982 pour le Ministère de la Culture et du 16 novembre 1982 pour celui de la Justice amenant les directions régionales des deux ministères à se rencontrer, le « Premier Protocole d'accord entre le ministère de la Culture et le ministère de la Justice » du 25 janvier 1986, qui pose les principes de l'action culturelle en milieu pénitentiaire, le « Deuxième Protocole d'accord » du 15 janvier 1990 et le « Troisième Protocole d'accord » signé le 30 mars 2009. Les trois sont en ligne à partir du site du ministère de la Justice, <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10036&ssrubrique=10039&article=11999>, consulté le 21/9/2009.

⁴³⁸ V. HOURCQ cite notamment le théâtre, le chant choral, le cinéma, des conférences etc. Cf. V. HOURCQ, « Les loisirs des détenus », *op. cit.*, 1959, pp. 153-157

⁴³⁹ Alinéa 1^{er} de l'article D. 440 CPP

des artistes⁴⁴⁰. Il s'agit bien, dès cette époque, d'une volonté d'ouvrir la prison sur l'extérieur, de faire entrer la « vie du dehors » au coeur de la détention. Car, comme le relève Franck HAUSER concernant l'informatique en prison – remarque qui peut être généralisée à l'ensemble des activités socio-culturelles –, l'un des enjeux importants de ces activités en prison, et des interventions extérieures de manière générale, est de maintenir le lien entre le détenu et la société telle qu'elle évolue. Face à des peines de plusieurs dizaines d'années, le vertige peut prendre le prisonnier quant à l'écoulement du temps et de tout ce qu'il va manquer au-dehors, quant à sa conscience de se déconnecter progressivement des évolutions technologiques et culturelles. Modes culturelles, implication technologique qui s'avèrent le terreau, pourtant, de la relation sociale à l'extérieur. Le détenu est exclu dans un « [...] *temps pénal* [...] *immuable* [à côté du] *temps social qui lui sert de référence* [et qui] *en revanche, évolue* »⁴⁴¹. En matière d'informatique⁴⁴², Franck HAUSER note également la réhabilitation de l'image de soi que procure une telle formation, les détenus stagiaires se sentant enfin « *intelligents* »⁴⁴³.

L'information a eu plus de difficultés à franchir les murs carcéraux. Crainte mythique que l'information des détenus sur les événements se déroulant à l'extérieur, en particulier l'annonce des révoltes dans les autres prisons, risque de remettre en cause la sécurité des établissements ; crainte qui a empêché de lever la censure sur les journaux de presse jusqu'en 1972. Un assouplissement a été opéré à cette date mais sous contrôle cependant puisque, parallèlement, le chef d'établissement s'est vu octroyer un pouvoir de censure au cas par cas. Reste que l'article D. 444 du Code de procédure pénale pose depuis un décret du 25 novembre 1977, une liberté d'acquisition plus affirmée, par le biais de la cantine, de tout type de journaux et périodiques, français ou étrangers, dès lors, seulement, qu'ils n'ont pas fait l'objet de saisie dans les trois derniers mois et qu'elles ne contiennent pas de « [...] *menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires* [...] »⁴⁴⁴.

L'introduction des transistors puis de la télévision en détention ont suivi : les transistors individuels ont été autorisés officiellement à partir du décret du 23 mai 1975⁴⁴⁵ tandis que la télévision, introduite au même moment, devait rester un loisir collectif⁴⁴⁶. Le téléviseur était ainsi installé dans la salle d'activité commune. Objet de polémiques, son autorisation dans les cellules, soi-disant empêchée par des questions autant théoriques qu'économiques, a finalement été donnée vingt ans plus tard, par de simples notes de service des 21 octobre et 10 décembre 1985⁴⁴⁷. C'est le décret du 8 décembre 1998 qui prend acte et introduit à l'article D. 444 du Code de procédure pénale cet assouplissement de la condition individuelle des détenus. Par ce biais de l'accès aux canaux radiophoniques et audiovisuels du monde libre, de même que par l'importation libéralisée de journaux et de livres, le droit à l'information prend un sens effectif et une vraie consistance en prison. La mise en ligne directe avec le monde extérieur, cultivant la carte de la lutte contre la désinsertion sociale, prend ici un véritable essor.

⁴⁴⁰ Alinéa 2 de l'article D. 440 CPP

⁴⁴¹ F. HAUSER, « Informatique et milieu carcéral : analyse des impacts d'une technologie nouvelle », *RPDP*, 1987, p.114

⁴⁴² Discipline considérée à l'époque, -1987-, comme une activité culturelle autant qu'éducative et introduite seulement d'abord dans le cadre d'une expérience pilote à Strasbourg, à partir des années 1986-1987 en prison.

⁴⁴³ Les témoignages sont saisissants : « *On en [l'informatique] discute entre nous* [les détenus stagiaires], ...*Enfin un sujet de discussion intelligent, c'est rare ici.* » mais surtout les constatations de Monsieur HAUSER « [...] *les propos de détenus montraient leur étonnement « de faire quelque-chose d'intelligent » mais plus encore « d'avoir le sentiment d'être intelligent quand je fais de l'informatique »* ». (F. HAUSER, « Informatique et milieu carcéral », *op. cit.*, 1987, p. 115 et p.118)

⁴⁴⁴ Alinéa 2 de l'article D. 444 CPP

⁴⁴⁵ Leur autorisation en usage individuel avait déjà été introduite par une circulaire AP du 26 août 1974 (source : B. BOULOC, *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2005, p. 209 (note 1)). Aujourd'hui, alinéa 3 de l'article D. 444 CPP

⁴⁴⁶ L'ancien article D. 431 CPP, rédigé à ce moment-là, ne mentionne effectivement d'usage individuel que pour les « *récepteur[s] radiophonique[s]* », la télévision n'étant mentionnée que dans le cadre de l'utilisation collective des appareils.

⁴⁴⁷ Cf. pour approfondissement J. FAVARD, « La télévision dans les prisons », *RSC*, 1986, pp. 903-908

La loi du 24 novembre 2009 vient consacrer, par son article 43, ce droit à l'accès à l'information, et plus précisément « [...] *aux publications écrites et télévisuelles* ». La loi clarifie ainsi l'emploi du terme « publications », ancien terme utilisé à l'origine pour les documents écrits et dont on pouvait hésiter à amplifier le sens à la sphère des autres médias. Mais c'est une régression par rapport au droit réglementaire antérieur que dénonce Martine HERZOG-EVANS, qui relève l'extension des motifs d'interdiction d'accès à ces publications. Les « [...] *menaces précises contre la sécurité des personnes ou celle des établissements pénitentiaires* [...] » se transforment en « [...] *menaces graves* [contre ces mêmes éléments de la sécurité] [...] » ; s'ajoute à ce premier motif celui des « [...] *propos ou signes injurieux ou diffamatoires à l'encontre des agents et collaborateurs du service public pénitentiaire ainsi que des personnes détenues* ». On retrouve ici une forme de discipline interne se rapprochant de celle en vigueur dans le cadre du contrôle du contenu des correspondances⁴⁴⁸, et qui s'avèrent poser problème par son imprécision, laissant trop de marge d'appréciation à des agents qui peuvent se sentir directement concernés par les propos tenus, objets du refus. Sans compter que, comme le fait remarquer le Professeur HERZOG-EVANS, l'administration pénitentiaire se trouve actuellement particulièrement en porte-à-faux avec la presse, étant souvent dénoncée dans les médias. Quelle que soit la bonne foi avec laquelle certains agents pourront exercer cette mission de jugement dans le cadre de ce pouvoir de censure potentielle, on revient, avec un pouvoir sur une liberté fondamentale aussi puissant du fait de la carence en garde-fous, à l'instauration d'une exorbitance du droit commun rappelant sans conteste l'institution totale.

C · L'AVOCAT⁴⁴⁹

Quoique le droit de consulter un avocat appartienne à la liste des droits inaliénables reconnus au patient hospitalisé sous contrainte⁴⁵⁰ et constituée par la loi du 27 juin 1990, sa présence au sein des unités psychiatriques reste encore rare. La méfiance du personnel qui le voit uniquement comme un perturbateur importun, prêt à tendre l'oreille sans discernement à des allégations émanant de personnes dont les troubles peuvent parfois être précisément à teneur paranoïaque lui complique l'accès à ces lieux. Sans compter que derrière ce peu d'incitation à faire appel à un tel intervenant, l'information sur les moyens de le joindre cumulé à l'état dans lequel peuvent être les patients concernés – fortement sédatisés par des produits chimiothérapiques ou encore, du fait même de leur maladie peu en phase avec la vie sociale, donc peu au fait de ce type d'adjuvant potentiel et du moyen de les contacter –, peut faire défaut.

Rien de tel dans le monde carcéral, où l'avocat⁴⁵¹ est doté d'une place tout à fait singulière. A la base, il est censé intervenir principalement en amont du procès, pour les prévenus, lors des procès en appel ou en cassation et éventuellement en cas de procès pour des affaires distinctes de celles qui ont donné lieu à la peine en cours. Sa présence en détention tend cependant à s'intensifier avec l'émergence d'une reconnaissance de droits des détenus opposables à l'administration et une ouverture forcée de l'institution qui doit se plier aux grands principes européens. Pouvant désormais être présent même dans les procédures disciplinaires depuis la loi

⁴⁴⁸ Cf *infra*, point E, pp. 165 et s.

⁴⁴⁹ Concernant la situation en prison, on prendra en compte que les articles D. 67 à D. 69 ont été abrogés au 29 décembre 2010 et remplacés par les articles R. 57-6-5 à R. 57-6-7 CPP, issus du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) » *A priori*, aucun changement n'est intervenu ; on peut néanmoins être chiffré par la perte de précision entre l'ancien article D. 68 CPP et le nouveau R. 57-6-6 CPP : il n'y a plus énumération des garanties de confidentialité dont devaient bénéficier le détenu et son défenseur, mais une simple indication qu'« [...] *aucune mesure ne peut supprimer ou restreindre la libre communication de la personne détenue avec son conseil* [...] ».

⁴⁵⁰ Alinéa 3 de l'article 3211-3 CSP, 3°

⁴⁵¹ Le régime de faveur présenté ci-après ne vaut que pour l'avocat en charge du dossier.

du 12 avril 2000⁴⁵², il devient le porteur, dans bien des cas, de la contestation d'une condition carcérale jugée à l'aune de la vie civile. Cet intervenant dispose également d'un statut de faveur au sein de la détention puisque ses entretiens avec son client doivent rester confidentiels, de même que les correspondances ou les conversations téléphoniques⁴⁵³ avec lui ; un statut consacré par la loi du 24 novembre 2009, que le détenu soit prévenu ou condamné⁴⁵⁴. En conséquence, ses rencontres avec le détenu s'effectuent dans un parloir spécial, insonorisé, et hors de la présence d'un surveillant⁴⁵⁵. Quant aux plis lui étant adressés ou émanant de lui, ils ne peuvent être ouverts par l'administration pénitentiaire⁴⁵⁶. Dernière faveur, l'avocat bénéficie d'un droit de visite illimité quant à leur fréquence et à leur durée^{457 458}.

D · LES VISITES

Une intensification du droit aux visites en faveur des enfermés s'impose en outre, à la fois dans le cadre psychiatrique (1) et en prison (2).

§ 1. Dans les services de psychiatrie

Concernant les visites, mode historique de l'entrée de l'extérieur dans l'institution psychiatrique, seule la loi du 27 juin 1990 est venue clarifier, de manière très implicite, l'état du droit. Selon Assia BOUMAZA, cette loi « *renverse la logique de l'ancienne loi* » qui faisait du droit de visite une « *simple tolérance réglementaire* », et institue ce droit comme principe, ravalant l'isolement au titre d'exception⁴⁵⁹. Il est certain que le nouvel article L. 3211-3 du Code de la Santé publique affirme que « *[l]orsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement [...], les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en oeuvre de son traitement. En toutes circonstances, [...] sa réinsertion [doit être] recherchée.* ». Or, dès lors que l'on considère le terme de libertés individuelles de manière extensive, on peut éventuellement y glisser le droit de recevoir des visites, c'est-à-dire, plus largement, de garder un réseau social et un lien avec la société⁴⁶⁰. Assia BOUMAZA insiste davantage sur la prescription de recherche

⁴⁵² Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ». L'article 24 de cette loi impose en effet que la personne ayant fait l'objet d'une décision individuelle défavorable soit mise à même de présenter ses observations, écrites comme orales avant que la décision ne prenne effet, et que dans ce cadre, elle peut se faire « [...] assister d'un conseil ou représenter par un mandataire de son choix ». Ce droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une procédure disciplinaire est repris par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui l'inscrit parmi les principes encadrant le droit disciplinaire (4° de l'article 91 de la loi).

⁴⁵³ La confidentialité de ces conversations ayant été dûment inscrite par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance (1) » à l'article 727-1 CPP

⁴⁵⁴ Article 25 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 précisé par les articles R. 57-6-5 R. 57-6-7 CPP

⁴⁵⁵ Alinéa 1er de l'article D. 68 CPP Notons que l'article D. 68 CPP ne concernait que les prévenus mais que l'article D. 411 CPP, dans sa rédaction en vigueur avant la recodification et les modifications issues des décrets d'application du 23 décembre 2010, étendait ses dispositions aux condamnés.

⁴⁵⁶ Article D. 69 CPP, abrogé au 29 décembre 2010 et remplacé par l'article R. 57-6-7 CPP. On notera tout de même la formulation de cet article, reprise par l'article R. 57-6-7 CPP, concernant l'absence de contrôle des correspondances : la rédaction de la disposition prend les devants pour les mises en cause de la responsabilité dans les cas d'ouverture de ce type de courrier, en disculpant l'administration dans les cas d'ambiguïtés dans la présentation du courrier. La précision sonne comme un avertissement pour les détenus et leur(s) conseil(s), jouant plutôt en défaveur de ces derniers par rapport à l'administration contrôleur : le doute profite à cette dernière.

⁴⁵⁷ Alinéa 2 de l'article D. 68 CPP

⁴⁵⁸ Reste qu'en sont exempts les jours fériés et dimanches, qu'elles doivent respecter les plages-horaires pour les visites fixées par le règlement intérieur de l'établissement et que dans les maisons centrales, il est nécessaire de s'entendre au préalable avec le chef d'établissement sur le jour et l'heure.

⁴⁵⁹ A. BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, vol. II : la protection de la personne hospitalisée, Paris, éd. du CTNERHI, coll. « Point sur ... », 2002, p. 94

⁴⁶⁰ Ce raisonnement est également celui tenu par Assia BOUMAZA, cf. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 92.

de réinsertion sociale du malade posée dans cet article, qui serait antinomique avec l'organisation de son isolement.

Les preuves restent malgré tout minces concernant la reconnaissance d'un véritable droit aux visites pour les personnes hospitalisées sous contrainte, même si l'esprit du texte laisse pencher pour cette déduction. La relativité de ce droit a de toute façon été clairement recherchée : il a volontairement été écarté de la liste des droits inaliénables reconnus à la personne hospitalisée sous contrainte dans l'article L. 3211-3 du Code de la Santé publique⁴⁶¹ au nom de la pratique psychiatrique et de la particularité de ses techniques⁴⁶². L'isolement est en effet resté, jusqu'à aujourd'hui, un procédé thérapeutique permettant de mettre à distance, temporairement, un facteur pathogène, généralement un ou des membres de la famille. L'idée sous-tendant la loi serait donc que les seules restrictions à ce droit soient d'ordre médical. En conséquence, on rejoint partiellement l'ancien principe, qui faisait du médecin l'autorité décideuse, au détail près que désormais, elle décide des interdictions de visites tandis que sous l'empire de la loi de 1838, elle décidait de l'octroi d'un droit de visite. Dans la pratique, Assia BOUMAZA constate une libéralisation générale des possibilités de visites, dont le régime en vient à suivre celui des malades hospitalisés dans les hôpitaux généraux : libre au malade, alors, de choisir les visiteurs qu'il accepte de voir et ceux qu'il veut éviter⁴⁶³. Il est fort probable que cette libéralisation ait été effective dans un nombre progressif d'établissements dès avant le remplacement de la loi de 1838 par celle de 1990, dès lors que le médecin-chef de l'unité était lui-même un partisan de l'ouverture de l'institution : l'autorisation du droit de visite au final ayant été une mesure intégralement à sa merci, libre à lui de se montrer prodigue.

Un sort particulier doit être fait, par contre, aux tiers non-intimes, notamment les représentants et démarcheurs et les journalistes ou photographes. L'article R. 1112-47 du Code de la santé publique issu du décret du 27 mai 2003 reprend l'accès sous autorisation posé, pour ces catégories de visiteurs, par l'article 46 de l'ancien décret du 14 janvier 1974, à une exception près : le quatrième alinéa de l'article 46, posant le même principe pour les associations de bénévoles et de malades, a disparu. Le fait est que, pour les représentants comme pour les journalistes, le droit de visite retrouve les règles du droit commun hospitalier dès lors qu'aucune raison médicale ne s'oppose à l'accès par ces tiers aux malades hospitalisés sous contrainte en psychiatrie. Le médecin-chef perd, en l'occurrence, sa toute puissance décisionnelle : il doit renvoyer ces tiers vers le directeur pour en obtenir l'autorisation d'accès au service⁴⁶⁴. Dans ce cadre, il faut donc souligner que, même si ce droit d'accès aux malades et cette ouverture de l'institution à l'extérieur restent soumis à autorisation, ce qui paraît juridiquement compréhensible dans le cadre de pouvoirs de police classiques d'un chef d'établissement, la réglementation bascule dans le droit commun, fait significatif pour marquer la perte du caractère total de l'institution.

§ 2. En prison

Le droit encadrant les visites en prison, élaboré progressivement au niveau réglementaire, est énoncé, dans son principe, par l'article 35 de la loi du 24 novembre 2009. C'est une entrée dans le domaine législatif de ce droit mais sans innovation quant à son contenu. Ces visites peuvent être le fait de membres de la famille ou « [...] d'autres personnes »⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Cela apparaît dans les débats parlementaires sur la loi du 27 juin 1990, au cours desquels le sénateur P. SOUFFRIN avait proposé son inscription dans la liste des droits indérogeables du patient hospitalisé sous contrainte, ce qui lui a été refusé.

⁴⁶² On retrouve ce même recul dans l'article 23 de la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 22 septembre 2004.

⁴⁶³ Comme la liberté lui en est laissée par l'alinéa 3 de l'article R.1112-47 CSP dans sa rédaction issue du décret du 27 mai 2003 : « *Les malades peuvent demander au surveillant ou à la surveillante du service de ne pas permettre aux personnes qu'ils désignent d'avoir accès à eux.* »

⁴⁶⁴ Alinéa 2 de l'article R. 1112-47 du Code de la santé publique dans sa rédaction issue du décret du 27 mai 2003: « Les journalistes, photographes, démarcheurs et représentants n'ont pas accès auprès des malades, sauf accord de ceux-ci et autorisation écrite donnée par le directeur. »

⁴⁶⁵ Alinéa 1er de l'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

Concernant les visites familiales ou assimilés⁴⁶⁶, la prison semble presque plus protectrice des droits du détenu que l'hôpital ne l'est de ceux du patient interné. En effet, le maintien des liens familiaux étant devenu un des axes fondamentaux du respect du détenu et du travail en vue de sa réinsertion future, le Code de procédure pénale pose la délivrance d'un permis de visite à ces proches comme une obligation pour le chef d'établissement, sauf « [...] *motifs liés au maintien de la sécurité ou au bon ordre de l'établissement* [...] »⁴⁶⁷ pour les condamnés. Le même code se montre un peu plus souple à l'égard du juge d'instruction dans le cas des prévenus, leur laissant un battement d'un mois au cours duquel le magistrat peut interdire toute visite. Mais au-delà, le droit de visite devient prépondérant, sauf pour le juge à motiver spécialement sa décision de refus pour des raisons liées « [...] *aux nécessités de l'instruction*. »⁴⁶⁸. Ce droit de visite de la famille est donc particulièrement protégé juridiquement – quoiqu'un mois sans visite puisse déjà paraître long pour les deux parties –, ce qui a longtemps marqué la différence avec toute autre personne demandant à visiter le détenu. En effet, dans ce dernier cas et concernant les prévenus, d'une part, l'octroi de ce permis ne bénéficie pas de la protection de l'article 145-4 CPP, le juge d'instruction est donc libre de le refuser ; d'autre part, jusqu'à l'entrée en vigueur des décrets d'application de la loi du 24 novembre 2009, le chef d'établissement retrouvait davantage de liberté d'appréciation dans la décision d'octroi du permis de visite : officiellement, l'article D. 404 CPP, permettait ces visites « [...] *s'il apparaît [qu'elles] contribuent à l'insertion sociale ou professionnelle d[u] condamné*. ». Ainsi que le faisait remarquer Martine HERZOG-EVANS, « [...] *la loi se concentre sur les liens familiaux actuels, elle ignore totalement les liens familiaux à venir* »⁴⁶⁹ : protecteur des relations entretenues avec une famille qui peut éventuellement rejeter le détenu, le droit encadrant les visites n'est pas aussi efficace à l'égard des étrangers à la famille, personnes qui pourraient s'avérer à terme, sinon de précieux amis à l'extérieur, même un(e) futur(e) époux ou épouse. Cela a un peu évolué pour les condamnés avec la mise en application de la réforme de novembre 2009 : l'article R. 57-8-11 CPP remplaçant l'article D. 404 abrogé ne pose plus de différence entre un membre de la famille et un autre visiteur.

Pour garantir l'effectivité de ce droit, le Code s'est lui-même chargé, depuis le décret de 1972, de fixer à un minimum de trois pour les prévenus et une pour les condamnés le nombre de visites hebdomadaires⁴⁷⁰. Une règle reprise *in extenso* par l'article 35 de la loi du 24 novembre 2009. La reconnaissance de ce droit doit cependant s'accommoder de contraintes administratives et de sécurité : la détention du sésame, d'abord, le permis de visite⁴⁷¹. En outre, jours, heures et surtout, durée des « parloirs » sont fixés par le règlement intérieur⁴⁷², ces dernières pouvant varier d'une demi-heure dans les maisons d'arrêt à deux heures dans certaines maisons centrales. Lorsqu'il a fallu parfois près d'une journée de trajet à la famille pour venir au lieu de détention, avec tout l'engagement financier que ce voyage représente, cette durée est courte. Le Code de procédure pénale exige également la présence, lors de tout entretien, d'un surveillant, qui doit pouvoir entendre, mais aussi comprendre les conversations⁴⁷³. L'article R. 57-8-15⁴⁷⁴ impose dès lors que le détenu et ses visiteurs s'expriment en français ou que, si l'un d'entre eux ne connaît pas cette langue, un agent capable de comprendre le contenu de leurs échanges assure la

⁴⁶⁶ On comprend généralement dans les visites familiales celle du conjoint même non marié et celle du tuteur le cas échéant. Par contre, nous n'évoquons absolument pas les visites aux statuts particuliers des autres intervenants en détention, avocat, aumônier, etc.

⁴⁶⁷ Article D. 404 CPP. On retrouve une formulation approchante, à laquelle s'ajoute la prévention des infractions dans l'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁴⁶⁸ Alinéa 3 de l'article 145-4 CPP

⁴⁶⁹ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées » [en ligne], *AJ Famille*, 2009. Disponible sur le portail des éditions Dalloz (accès restreint).

⁴⁷⁰ Alinéa 2 de l'article D. 410 CPP, abrogé au 29 décembre 2010

⁴⁷¹ Tout refus de permis de visite doit être motivé, qu'il concerne un prévenu ou un condamné, et que le refus émane de l'administration pénitentiaire ou de l'autorité judiciaire. (alinéa 5 de l'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009)

⁴⁷² Alinéa 1er de l'article D. 410 CPP, abrogé au 29 décembre 2010

⁴⁷³ Alinéa 1er de l'article D. 406 CPP, abrogé au 29 décembre 2010 et devenu, en substance, le premier alinéa de l'article R. 57-8-15 CPP

⁴⁷⁴ Reprenant, dans son deuxième alinéa, le contenu de l'ancien article D. 407 CPP, abrogé au 29 décembre 2010.

surveillance. Si une telle modalité de surveillance ne peut être mise en oeuvre, le permis de visite doit alors expressément spécifier que la conversation peut se dérouler en langue étrangère. Bien entendu, tout cet ensemble de règles n'a de sens que dans la mesure où le surveillant peut faire cesser immédiatement un entretien s'il le juge justifié au regard du règlement et de la loi. Il est notamment interdit aux visiteurs et au détenu d'échanger, donner ou recevoir la moindre lettre ou le moindre objet durant les parloirs, chaque paquet ou correspondance devant être dûment contrôlé par l'administration pénitentiaire⁴⁷⁵. Il faut rajouter que le visiteur doit, par mesure de sécurité, être soumis à « [...] *des mesures de contrôle* [...] »⁴⁷⁶ – généralement le passage par un portique détecteur de métaux. Par contre, toute visite se déroule de droit dans un parloir sans dispositif de séparation, résultat de la généralisation à tous les établissements opérée par le décret du 26 janvier 1983 de la situation créée en 1975 dans les centres de détention. Le chef d'établissement garde cependant le pouvoir d'imposer qu'il en sera autrement mais ce doit alors être une décision au cas par cas, ne pouvant se justifier que par l'une des trois motivations précises acceptées par le CPP⁴⁷⁷ et il devra en référer à la commission d'application des peines dès la réunion suivant la décision.⁴⁷⁸

Tout ce carcan venant contraindre voire rendre pesant un moment précieux dans la vie du détenu et fondamental pour le maintien de son lien avec le monde extérieur peut aujourd'hui être en partie évincé dans le cadre très particulier des Unités de Vie Familiale (UVF). Ces lieux sont de petits appartements situés au sein de la détention et protégés uniquement périphérieurement. En conséquence, le détenu peut y recevoir ses proches sur un temps long par rapport aux visites habituelles, allant de 6 à 72 heures⁴⁷⁹. Cela permet au prisonnier de retrouver, durant un intermède parfois de quelques jours, une vie familiale presque normale, jouant au parent ou au conjoint, avec un ménage à tenir, des repas à préparer etc. ainsi qu'une intimité indispensable dans ses rapports avec ses proches. En effet, les détenus subissent une fouille intégrale avant et après le temps en unité de vie familiale mais, durant le temps de vie en UVF, il n'y a qu'une ronde de surveillance toutes les six heures et le surveillant prévient au préalable de son entrée par interphone. Chacun convient, et notamment les détenus qui s'y sont essayé, qu'il s'agit d'une expérience extraordinaire du point de vue de la réinsertion dans la vie normale, puisqu'il faut en outre, tenir un budget et prévoir les achats de ravitaillement pour tous et sur toute la durée du séjour, retrouver les activités à partager avec ses enfants. La brèche dans la routine carcérale, faisant pénétrer un peu de la vie extérieure dans le carcan du rythme pénitentiaire, est donc évidente et ressentie comme salubre par tous les acteurs. L'accès à ces unités, d'abord réservé, durant la phase expérimentale, aux détenus incarcérés dans les établissements qui en sont pourvus⁴⁸⁰ – forcément des condamnés définitifs et généralement à de longues peines –, ne bénéficiant pas⁴⁸¹ de permission de sortir ou d'autres aménagements de peine du même type qui leur permettraient de maintenir les liens familiaux à l'extérieur de la prison, puis étendu, en second rang, à des condamnés « [...] *en fonction de leur situation familiale, personnelle et de leur parcours d'exécution de peine* »⁴⁸², est, avec la loi du 24 novembre 2009, accessible à toute

⁴⁷⁵ Alinéa 1er de l'article D. 408 CPP

⁴⁷⁶ Alinéa 3 de l'article D. 406 CPP, devenu l'unique alinéa de cet article au 29 décembre 2010

⁴⁷⁷ Article D. 405 CPP, abrogé au 29 décembre 2010 et devenu, à quelques détails rédactionnels près, l'article R. 57-8-12 CPP qui précise que le chef d'établissement peut imposer un parloir avec dispositif de séparation

« [...] a/ s'il existe des raisons sérieuses de redouter un incident ;

b/ en cas d'incident au cours de la visite ;

c/ à la demande du visiteur ou du visité ».

Il faut pourtant y rajouter le cas de l'éventuelle visite alors que le détenu vient d'être placé en quartier disciplinaire.

⁴⁷⁸ Rappelons que cet exposé ne s'applique pas à un certain nombre de visiteurs ayant un statut particulier qui permet davantage de confidentialité dans leurs échanges avec le détenu. Il s'agit notamment de l'avocat, de l'aumônier etc.

⁴⁷⁹ La définition des unités de vie familiale est inscrite désormais dans le Code de procédure pénale, à l'article R. 57-8-14 issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

⁴⁸⁰ Sept. en 2008 : Rennes, Poissy et Saint-Martin-de-Ré, les trois premières, puis Liancourt, Meaux, Avignon-Le Pontet et Toulon-La Farlède.

⁴⁸¹ Qu'ils soient **ou non** dans les conditions légales pour y accéder.

⁴⁸² Circulaire du 30 avril 2009

personne détenue⁴⁸³, ce qui sous-entend leur ouverture à des prévenus⁴⁸⁴. Par contre, la durée de la peine et surtout, celle de séjour au sein de l'établissement n'ont pas d'impact sur la recevabilité de la demande. Du côté des visiteurs, le cercle est relativement étendu. Le critère principal semble un lien affectif quelconque, mais solide, avec le prisonnier. Il peut donc s'agir d'un ami proche comme d'un membre de la famille proche ou élargie (conjoint et enfants comme père, mère, fratrie, cousins, grands-parents ou oncles et tantes) sachant que, bien évidemment, les enfants ne pourront être reçus en unité de vie familiale par le ou la prisonnier(e) que s'ils sont accompagnés d'un adulte en plus du ou de la détenu(e). L'acceptation d'une demande de visite en UVF est du pouvoir du chef d'établissement, qui en décide après étude du dossier de demande, appelant à chaque fois enquête par les travailleurs sociaux auprès du détenu et de ses visiteurs potentiels. Le délai d'obtention de l'autorisation est donc amplement plus important que pour des visites classiques et surtout, l'ensemble de la procédure est à réitérer à chaque fois. Quant au nombre et à la durée des visites, la règle s'est fortement assouplie avec la circulaire du 30 avril 2009, qui ne restreint plus obligatoirement à une seule par an les visites de 72 heures. Ceci dit, le choix de cette durée revient également au chef d'établissement qui doit tenir compte du dossier d'enquête mais également des possibilités d'accueil de l'établissement, sachant en outre qu'il est conseillé que les premières respectent la progression chronologique (6 heures, 12 heures, 24 heures, 48 heures, 72 heures) et que, ultime élément, la loi du 24 novembre 2009 exige qu'il soit « [...] *ten[u] compte de l'éloignement du visiteur [...]* »⁴⁸⁵ pour décider de la durée de la visite octroyée. Impossible, donc, *a priori*, de débiter avec une visite de trois jours. D'après l'article 36 de la loi du 24 novembre 2009, chaque détenu peut en outre désormais bénéficier au minimum d'une visite en unité de vie familiale par trimestre, quelle que soit sa durée ; le texte législatif se trouve ici plus normatif que la circulaire de 2009, qui remettait cette gestion à chaque chef d'établissement en fonction de la configuration contextuelle de ses locaux disponibles et de sa population pénale éligible et intéressée. Il faudra donc que les structures puissent suivre une demande de toute évidence abondante de la part des détenus. Ce type de structure a connu sa toute première expérimentation sous forme de « chambres conjugales » à Casabianda en 1984. Il a pourtant fallu près de dix ans pour que le projet revienne au goût du jour, des obstacles politiques ayant empêché sa diffusion jusqu'alors, et vingt ans pour que la première unité de vie familiale soit ouverte, à Rennes, en 2003. Abrogeant la circulaire relative à la phase d'expérimentation⁴⁸⁶, c'est aujourd'hui toujours une simple circulaire, du 30 avril 2009⁴⁸⁷ qui régit le fonctionnement de ces unités, mais le principe même de ces unités et les exigences relatives à leur accès sont symboliquement entérinés par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

L'article 36 de la loi du 24 novembre entérine également les « parloirs familiaux », système de salons non-surveillés mis à la disposition du détenu et de son ou ses visiteurs pour une demi-journée⁴⁸⁸. Ils constituent ainsi des répliques, pour une moindre durée, des unités de vie familiale et sont entrées implicitement dans le Code de procédure pénale par un décret du 20 mars 2003⁴⁸⁹ *via* notamment la pratique de non-surveillance, dérogatoire du droit commun, qui est permise par l'insertion de l'alinéa 2 dans l'article D. 406 de ce même code.

La loi du 24 novembre 2009 a innové, par ailleurs, de manière salubre, en son article 34⁴⁹⁰, en organisant un droit au rapprochement familial en faveur des détenus dont l'instruction

⁴⁸³ Article 36 de la loi du 24 novembre 2009

⁴⁸⁴ Il est vrai que la circulaire du 30 avril 2009 annonce qu'outre tous les établissements pour peines du programme « 13200 », une maison d'arrêt de ce même programme en sera dotée.

⁴⁸⁵ Alinéa 2 de l'article 36 de la loi du 24 novembre 2009

⁴⁸⁶ Circulaire JUSE0340043C du 18 mars 2003 « relative à l'expérimentation d'unités de visites familiales ».

⁴⁸⁷ Circulaire JUSK0940004C du 26 mars 2009 « relative aux unités de vie familiale (UVF) »

⁴⁸⁸ La définition des parloirs familiaux est inscrite désormais dans le Code de procédure pénale, à l'article R. 57-8-13 issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

⁴⁸⁹ Décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 « modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires »

⁴⁹⁰ Prolongé, pour son application pratique, par l'article R. 57-87 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 indiquant les autorités compétentes pour prendre ces décisions.

est achevée avant leur procès. Il est dommage que la consécration de ce droit ne soit pas poursuivie en faveur des condamnés, au titre de critère prépondérant, pour le choix de l'établissement de peines d'affectation. Relevons également que ce droit est posé sous la forme de faculté, ce qui peut s'entendre à l'égard du détenu gardant la liberté de choix, mais elle n'ouvre pas sur une obligation de s'exécuter à la charge de l'administration en cas de souhait positif du prévenu. Le pas reste néanmoins déjà important, un tel rapprochement facilitant les visites et pouvant dès lors avoir un impact certain sur la lutte contre la désocialisation complète de l'intéressé, mais aussi sur son état psychologique. Son comportement en détention et son parcours pénal peuvent en être nettement impactés.

A côté de ces visites de proches, les visiteurs de prisons perpétuent une tradition ancestrale de soutien, principalement moral, aux détenus. Ces intervenants, encadrés d'abord par une circulaire de 1952, bénéficient aujourd'hui d'un statut inscrit dans le cadre de procédure pénale⁴⁹¹. Indépendants de l'administration pénitentiaire au sens où ce sont des bénévoles simplement agréés par le directeur régional des services pénitentiaires pour des durées de deux ans renouvelables⁴⁹², ils sont donc, là encore, un lien direct avec la société civile. Ce caractère est renforcé par la nature de leurs interventions. Sur demande du détenu, ils peuvent effectuer un certain nombre de démarches pratiques au sein de la société civile, comme le ferait tout autre visiteur (transmission de linge ou de livres depuis l'extérieur, envoi d'un mandat etc). Leur participation fréquente aux activités de reclassement et de patronage des détenus sortant de prison, qui prolonge leur contribution à la préparation de leur réinsertion durant le temps de l'incarcération, va dans le même sens. S'y ajoute un éventuel rôle d'animation socio-culturelle ou d'enseignement, en fonction de leurs capacités individuelles⁴⁹³. Pour tenir ce rôle auprès des détenus, les visiteurs de prison jouissent d'un statut privilégié : ils peuvent rencontrer les détenus dont ils ont la charge à des jours et heures établis au préalable en accord avec le chef d'établissement, mais dans un parloir spécial et hors de la présence d'un surveillant.⁴⁹⁴ Par contre, leur correspondance avec les détenus reste soumise au régime commun du contrôle⁴⁹⁵ et, s'ils peuvent s'occuper de tout détenu, quelle que soit l'infraction commise et la gravité de la peine⁴⁹⁶, leur droit de visite est suspendu, comme pour le régime commun, envers les détenus placés au quartier disciplinaire. Il en va de même pour les prévenus auxquels une interdiction de communiquer serait imposée par le juge d'instruction au titre de l'article 145-4 du Code de procédure pénale⁴⁹⁷.

Un certain nombre d'associations, telles que le GENEPI, oeuvrent également en faveur des détenus, animant notamment des ateliers culturels, de loisirs ou des cours en détention.

E · LES COMMUNICATIONS EPISTOLAIRES, TELEPHONIQUES, ELECTRONIQUES

A côté du droit de visite, contact physique, la communication plus virtuelle que constituent principalement courrier et téléphone connaissent des protections juridiques, moins intenses à l'hôpital psychiatrique, raison thérapeutique le justifiant (1), qu'en prison (2). Quelle que soit l'institution, le régime diffère selon qu'il s'agit de la communication épistolaire ou de celle téléphonique.

⁴⁹¹ Chapitre X, section VI du Code de procédure pénale (articles D. 472 à D. 477 CPP)

⁴⁹² Articles D. 472 et D. 473 CPP

⁴⁹³ Ces deux dernières missions s'effectuant dans le cadre d'un travail étroit avec les travailleurs sociaux des SPIP.

⁴⁹⁴ Article D. 476 CPP

⁴⁹⁵ Article D. 477 CPP

⁴⁹⁶ Alinéa 1er de l'article D. 475 CPP

⁴⁹⁷ Alinéa 2 de l'article D. 475 CPP

§ 1. Dans les services de psychiatrie

A l'hôpital psychiatrique, la communication épistolaire est en effet érigée au titre de droit inaliénable par l'article L. 3211-3 du Code de la Santé publique, qu'il s'agisse de l'émission ou de la réception de courrier. L'inviolabilité de la correspondance appartient, plus généralement, aux principes protégés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le cadre de la préservation de la liberté individuelle de tout un chacun. Au plan européen, elle fait également l'objet d'un traitement spécial dans le cadre de la Recommandation R (83)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant les droits des patients malades mentaux hospitalisés sous contrainte. Dans son article 6, cette recommandation interdit formellement, en effet, que le droit du patient à « [...] *envoyer toute lettre sans que celle-ci ait été ouverte [...] p[uisse] être soumis à des restrictions.* » alors que ce même article reconnaît pragmatiquement, en parallèle, que des restrictions à la liberté individuelle du patient puissent être opérées dès lors qu'elle sont dûment motivées par des nécessités liées à « [...] *son état de santé et l'efficacité du traitement* »⁴⁹⁸. C'est dire si la liberté de communiquer, par courrier, avec l'extérieur, reste considérée comme fondamentale pour un patient interne⁴⁹⁹. Il est vrai que, sans cette liberté de correspondance, le malade pourrait éventuellement être coupé de tout lien avec l'extérieur par le jeu de la possibilité de restriction de ses droits reconnue au médecin. Or, dans un domaine où la crainte des internements abusifs demeure prégnante, il semble fondamental de laisser, juridiquement, au moins une échappatoire au patient afin qu'il puisse s'exprimer, éventuellement dénoncer. Il est vrai que, dans l'esprit libéral actuel issu de la philosophie des Lumières, il peut paraître difficilement acceptable de laisser un individu à la merci d'un autre qui serait en l'occurrence le médecin. Garder un lien avec l'extérieur est la première sécurité du patient enfermé, un droit d'autant plus à protéger que le patient interne est fragilisé par cet enfermement dans l'exercice et la revendication de ses droits.

Il est tout à fait significatif de l'évolution de l'institution psychiatrique de souligner la juridicisation de son ouverture par le biais d'un minimum de brèches obligatoires à respecter en faveur de l'enfermé. Partie d'un mouvement interne, dû à quelques psychiatres humanistes et marqués par les camps de concentration, cette révolution visant à l'anéantissement de l'institution totale par le biais de son ouverture au monde extérieur se stabilise dans un texte législatif imposant cette révolution à l'ensemble du monde psychiatrique.

Il n'en va pas de même pour les communications téléphoniques. Potentialité de communication, certes apparue bien après la loi de 1838 et son règlement afférent de 1857, elle ne figure pour la première fois dans un texte normatif qu'avec la loi « Sécurité et libertés » de 1981 et donc pour les patients hospitalisés avec leur consentement⁵⁰⁰. Apparition-éclair puisque la loi de 1990 l'occulte à nouveau, ne renvoyant plus qu'à la liberté de correspondance épistolaire ; l'article L. 353-2 du Code de la Santé publique issu de la loi de 1981 est abrogé avec la loi de 1990. La fiche d'information n° 0 relative à l'application de la loi du 27 juin 1990⁵⁰¹ souligne que la liberté de téléphoner jouit d'une protection moindre, seule la liberté de communication épistolaire figurant parmi les droits inaliénables du patient hospitalisé sous

⁴⁹⁸ Il s'agit ici d'une déduction *a contrario* de l'article 6 de la Recommandation R(83) 2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, rédigé comme suit : « *Les restrictions imposées à la liberté individuelle du patient doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et l'efficacité du traitement ; cependant, les droits du patient a/ de communiquer avec toute autorité appropriée, la personne visée à l'article 4 et un avocat ; b/ et d'envoyer une lettre sans que celle-ci ait été ouverte, ne peuvent être soumis à des restrictions.* »

⁴⁹⁹ Les juridictions administratives françaises protègent également, aujourd'hui, ce droit au secret de la correspondance, du moins contre « [...] *un contrôle systématique* [...] » considéré comme injustifié eu égard aux circonstances de l'espèce. (Arrêt CAA Bordeaux, 27/11/1995, « *M. BERNARDET* », req. n° 94BX01716, [en ligne], Légifrance)

⁵⁰⁰ L'article 74 de cette loi du 2 février 1981 pose en effet que « [t]oute personne soignée dans un établissement de soins, public ou privé, accueillant des malades atteints de troubles mentaux, [...] dispose du droit : [...] de disposer à son gré de la liberté d'émettre ou de recevoir des communications téléphoniques ou du courrier personnel [...] ».

⁵⁰¹ Fiches d'information du 13 mai 1991 « relatives à l'application de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation »

contrainte. Elle demeure permise seulement par principe, des limites pouvant y être posées notamment pour des raisons thérapeutiques, de protection d'autrui ou d'ordre public. Il apparaît plus fréquent, par contre, que les téléphones cellulaires soient interdits afin de rendre possible le contrôle des communications. La seule possibilité de communication téléphonique pour les patients enfermés se résume donc, généralement, à l'accès à une cabine téléphonique ou un téléphone fixe de l'unité, aisément contrôlable par l'équipe de soin.

La question de l'accès à Internet n'est pas réglée par les textes. Une seule piste peut figurer au titre de réponse ouverte quant à la pratique des hôpitaux sur ce point : rappelons que l'objectif de l'hospitalisation forcée, à l'heure actuelle, est de demeurer la plus courte possible. L'accès à Internet pouvant ne pas paraître vital, qu'il s'agisse de sa messagerie électronique ou de toutes les informations en ligne, il est très vraisemblable qu'aucun accès ne soit installé dans les unités ; les patients se rabattront, pour leurs informations, leur divertissement ou leurs communications, sur les autres modalités existantes, régies par les règles exposées ici ou profiteront de leurs permissions de sortie pour y accéder en-dehors de l'unité.

§ 2. En prison⁵⁰²

En prison, la communication épistolaire garde sa place prépondérante en matière de communication, et est érigée en droit fondamental, indérogeable. Cela est d'autant plus accentué aujourd'hui qu'outre ce renforcement de statut, elle reste le mode de communication le plus protégé dans le cadre du développement de toute une série d'autres moyens de communications actuels. Ainsi, dans les témoignages de détenus la lettre peut-elle apparaître comme « [...] *l'unique lien avec le monde des autres*. »⁵⁰³, « [...] *le support fondamental*, [...], *le soutien* »⁵⁰⁴ ou l'« *arrêt de mort* »⁵⁰⁵, fonction de son contenu : rupture amoureuse, avis de décès, nombre d'incidents comme de joies sont annoncés par ce mode de communication. Depuis la réforme du 23 mai 1975, les détenus ne sont plus limités en nombre de feuilles ni en nombre de lettres envoyées et « [...] *peuvent écrire tous les jours* »⁵⁰⁶. Par principe, ils peuvent également correspondre avec toute personne qui leur sied, mais, concernant les condamnés, le chef d'établissement peut éventuellement interdire la correspondance avec des personnes si cet échange « [...] *paraît compromettre gravement la réinsertion du détenu ou la sécurité et le bon ordre de l'établissement* »⁵⁰⁷. Par contre – et on retrouve ici la protection particulière entourant la famille – cette interdiction ne peut porter sur les échanges avec cette dernière ou le conjoint. Quant aux prévenus, en vertu de l'article 145-4 CPP⁵⁰⁸, le juge d'instruction peut également interdire toute communication, mais pour une durée de dix jours, renouvelable seulement une fois. Même placé en quartier disciplinaire, le détenu garde ce droit à la communication épistolaire sans restriction, et, plus généralement, aucune sanction disciplinaire ne peut porter sur ce droit⁵⁰⁹.

Ceci dit, le monde carcéral bannit le secret. Dès lors, cette large liberté de communication s'accompagne d'une possibilité de contrôle permanent du contenu des envois et de la teneur des

⁵⁰² L'ensemble de la section traitant de la correspondance dans la version du Code de procédure pénale antérieure au 29 décembre 2010 (articles D. 413 à D. 419-3 CPP) a été abrogée à partir de cette date par le décret n°2010-1635. Le droit à la correspondance en prison est désormais encadré, pour les correspondances écrites, par les articles R. 57-8-16 à R. 57-8-20 CPP en plus de l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 ; concernant le téléphone, ce sont les articles R. 57-8-21 à R. 57-8-23 CPP qui se sont substitués aux anciennes dispositions traitant de ce problème, alliés à l'article 39 de la loi de novembre 2009.

⁵⁰³ L. LE RIBAUT, « Lettre à mon juge », dans *Paroles de détenus*, Radio France, coll. « Libro Document », 2000, p. 77

⁵⁰⁴ R. KNOBELSPIESS, dans *Paroles de détenus*, Radio France, coll. « Libro Document », 2000, p. 75

⁵⁰⁵ *Idem* p. 75

⁵⁰⁶ Article D. 417 CPP

⁵⁰⁷ Alinéa 2 de l'article D. 414 CPP. Comme en matière de visites, il doit informer la commission d'application des peines de sa décision.

⁵⁰⁸ Qui s'impose prioritairement à l'article D65 CPP, de valeur simplement réglementaire, article portant le principe, pour les prévenus, de l'absence de restriction à la correspondance.

⁵⁰⁹ Aujourd'hui, alinéa 2 de l'article D. 251-3 CPP

propos, à l'arrivée comme au départ du courrier⁵¹⁰, débouchant sur une possibilité de rétention du courrier considéré comme « [...] *ne satisfaisant pas aux prescriptions réglementaires.* »⁵¹¹. Sur ce point, est dénoncé parfois un certain abus, la moindre critique à l'égard du personnel pouvant être considérée comme justifiant une rétention. Là encore, sans doute cela dépend-il du personnel chargé du contrôle du courrier voire des difficultés quotidiennes dues à de mauvais rapports entre personnes. Se rajoute à ce contrôle, pour les prévenus, la transmission de tout leur courrier le cas échéant « [...] *au magistrat saisi du dossier, dans les conditions que celui-ci détermine.* »⁵¹². Les lettres peuvent, comme les communications lors des visites, être rédigées en langue étrangère, mais restent bien évidemment susceptibles d'être traduites⁵¹³.

La loi du 24 novembre 2009 n'est pas venue modifier ces principes encadrant le droit à la correspondance, qu'elle a simplement légalisés en son article 40. Son seul apport réel est l'exigence de notifier, le cas échéant, la rétention de courrier au détenu concerné. Est rappelé également dans cet article, d'une part, la liste des interlocuteurs dont les échanges avec les personnes incarcérées sont protégés par le sceau du secret opposable même à l'administration pénitentiaire et aux autorités judiciaires – « [...] *défenseur, [...] autorités administratives, judiciaires et internationales* [ayant droit de visite sur l'établissement]⁵¹⁴ [...], *aumôniers agréés auprès de l'établissement* »⁵¹⁵ –, et d'autre part, l'interdiction de rétention de tout courrier entre eux et les détenus. On notera tout de même, avec la réforme des articles issue des décrets d'application de la loi de novembre 2009, la disparition de l'interdiction expressément mentionnée jusqu'ici à l'article D. 262 CPP que l'envoi de ces courriers ne subisse un quelconque retard.

Quant au téléphone, il a été introduit en prison tardivement et de manière extrêmement parcimonieuse. Le décret du 26 janvier 1983 autorisait les seuls condamnés incarcérés en centre de détention à téléphoner une fois par mois « [...] *aux membres de leur famille ou aux titulaires de permis de visite* »⁵¹⁶. Pour les autres, incarcérés en maisons centrales, l'appel téléphonique n'était autorisé que « [...] *dans des circonstances familiales ou personnelles importantes* »⁵¹⁷ et par le chef d'établissement. Quant aux maisons d'arrêt, il y était interdit, que ce soit pour les prévenus ou pour les condamnés, l'homogénéité du régime de l'établissement oblige.

La création des centres pour peines aménagées, en 2002, avait amené une nouvelle dérogation au principe de l'interdiction puisque, par principe logique vu la vocation de ces centres, le détenu pouvait y téléphoner cette fois sans limite, dès lors que lui ou son correspondant payait la communication⁵¹⁸. Par ailleurs, un certain nombre de rapports officiels préconisaient depuis nombre d'années un assouplissement de ce régime⁵¹⁹ déjà sapé par des usages hétéroclites adoptés dans les différents établissements pénitentiaires. Ainsi, la durée de

⁵¹⁰ Alinéa 1er de l'article D. 416 CPP

⁵¹¹ Alinéa 3 de l'article D. 416 CPP. Ces prescriptions portent notamment, d'un point de vue formel sur la lisibilité du texte, l'absence de caractère conventionnel évoquant un éventuel message codé, et, sur le plan interne, sur toute menace à l'encontre de la sécurité d'une personne ou de l'établissement pénitentiaire.

⁵¹² Alinéa 2 de l'article D. 416 CPP

⁵¹³ Article D. 418 CPP

⁵¹⁴ Dont notamment le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dont le principe de secret des correspondances est spécifiquement rappelé à l'article 4 de la loi du 24 novembre 2009

⁵¹⁵ Article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Cette liste figurait déjà à l'article A. 40 CPP, étant prise et modifiée par simple arrêté, le principe de cette confidentialité pour les correspondances adressées à ces autorités posé à l'article D. 262 CPP. Désormais, le principe figure à l'article R. 57-8-20 CPP, la liste détaillée des autorités autres que celles mentionnées par la loi ou l'article issu du décret en Conseil d'Etat étant indiquée à l'article D. 262 CPP.

⁵¹⁶ Ancien alinéa 4 de l'article D. 417 CPP

⁵¹⁷ Ancien alinéa 2 de l'article D. 417 CPP

⁵¹⁸ Ancien alinéa 3 de l'article D. 417 CPP issu du décret n° 2002-663 du 30 avril 2002

⁵¹⁹ Notamment, COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNC DH), *Etude sur les Droits de l'homme dans la prison*, [en ligne], Paris, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 11 mars 2004, recommandation 21. Disponible via le portail de la Documentation française, et rapport L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, p. 57

l'entretien téléphonique pouvait parfois être illimité dans certains établissements pour peines, et la fréquence avait généralement été ramenée à une fois par semaine aussi bien dans les centres de détention que dans les maisons centrales où finalement les détenus accédaient également à ce mode de communication⁵²⁰. Le décret du 3 mai 2007 a récemment opéré une révolution en la matière, d'une part en généralisant à l'ensemble des condamnés, en maisons centrales comme en maisons d'arrêt, l'autorisation de téléphoner à leur famille, à leurs proches même non titulaires d'un permis de visite et à leur avocat et, d'autre part, en allant au-delà de l'autorisation mensuelle, qui ne devient plus qu'un seuil plancher⁵²¹. En conséquence, le nouvel article D. 419 1 CPP passe le relais au règlement intérieur de chaque établissement pour fixer les modalités d'appel, à savoir fréquence, jours et heures d'accès aux postes téléphoniques ainsi que durée de la communication. Il laisse également au chef d'établissement le pouvoir « [...] *de refuser ou de retirer l'autorisation à une communication* [...] », « [...] *sur décision motivée par des impératifs d'ordre, de sécurité et de prévention des infractions pénales* [...] » ou si cela risque d'être contraire « [...] *à la réinsertion du détenu, à l'intérêt des victimes* [...] » ou encore « [...] *sur demande du correspondant* »⁵²², mais également celui d'autoriser des communications à d'autres personnes que celles visées par l'article si cela participe à la préparation de leur réinsertion sociale⁵²³. Une dépendance au chef d'établissement à laquelle ne sont pas soumis les détenus en centre pour peine aménagée, qui continuent à avoir toute liberté d'appel dans les conditions précédemment évoquées⁵²⁴.

Quelques règles générales réglementent cependant toutes ces communications, décalquant le régime d'utilisation du téléphone sur celui de la correspondance. En effet, là aussi les conversations peuvent être enregistrées – éventuellement de manière systématique dans certaines maisons centrales⁵²⁵ – en tout cas écoutées et interrompues par le personnel contrôlant le contenu des propos, si ces derniers « [...] *sont de nature à compromettre un des impératifs énoncés* [à l'alinéa 3 de l'article D. 419-1 CPP] »⁵²⁶. De même, les conversations en langue étrangère peuvent être traduites⁵²⁷. Sans compter que, de tout temps, les communications téléphoniques, comme les communications épistolaires d'une autre manière, sont aux frais du détenu ou de son correspondant : à eux, donc, de se procurer cartes téléphoniques – ou timbres – le cas échéant à la cantine ou de s'en faire procurer par leurs destinataires⁵²⁸. S'y rajoute l'obligation de transmettre au chef d'établissement l'identité du correspondant et son numéro avant d'effectuer l'appel⁵²⁹.

La révolution est restée incomplète jusqu'à ce que l'article 39 de la loi du 24 novembre 2009, consacrant le droit de téléphoner aux « *personnes détenues* » sans distinction, fasse accéder les prévenus à ce mode de communication. Un progrès attendu et salué par la doctrine à l'égard de ces présumés innocents incarcérés. Le code restait en effet, silencieux en ce qui les concernait, or, selon le principe appliqué jusque-là, non-réglementation signifiait interdiction. Cette situation était déjà tout particulièrement stigmatisée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme en 2004 et avant elle par le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants (CPT) qui avait demandé, à

⁵²⁰ Source : CNCDH, *Etude sur les droits de l'Homme dans la prison*, op. cit., 2004, développement en lien avec la recommandation 21

⁵²¹ Alinéa 1er de l'article D. 419-1 CPP

⁵²² Alinéa 3 de l'article D. 419-1 CPP

⁵²³ Alinéa 4 de l'article D. 419-1 CPP

⁵²⁴ Nouvel article D. 419-2 CPP

⁵²⁵ Cf. L. MERMAZ, J. FLOCH, *La France face à ses prisons*, Assemblée nationale, n° 2521, op. cit., 2000, tome I, p. 55 confirmé par la note du 21 novembre 2007 « Communications téléphoniques des détenus condamnés en établissement pour peine et en maison d'arrêt », ce qui est autorisé par l'alinéa 2 de l'article 419-3 CPP. La note semble inciter à pratiquer ce systématisme dans ces maisons centrales, -par opposition aux autres catégories d'établissements-, systématisme que les chefs d'établissement « maison centrale » eux-mêmes privilégient par sécurité. Les enregistrements sont conservés pour une durée maximale de trois mois (alinéa 7 de l'article 419-3 CPP).

⁵²⁶ Alinéa 4 de l'article D. 419-3 CPP

⁵²⁷ Alinéa 5 de l'article D. 419-3 CPP

⁵²⁸ Alinéa 2 de l'ancien article D. 417 CPP et alinéa 1er de l'article D. 419-1 CPP

⁵²⁹ Alinéa 6 de l'article D. 419-1 CPP

plusieurs reprises⁵³⁰, à ce que la France s'aligne sur la grande majorité des autres pays européens et revienne sur cette interdiction, qualifiée « [...] *d'inacceptable, notamment à l'égard [de ceux] qui ne reçoivent pas de visites régulières de membres de leur famille, à cause de la distance séparant celle-ci de la prison.* »⁵³¹.

Bien entendu, ce droit demeure soumis à plusieurs réserves, à commencer par l'autorisation de l'autorité judiciaire en ce qui concerne les prévenus, et un accès au téléphone qui peut toujours, de manière générale, « [...] *être refusé, suspendu ou retiré* [...] » pour les classiques motifs de « ... *maintien du bon ordre et de la sécurité ou [de] [...] la prévention des infractions* [...] ou encore, concernant les prévenus les non moins récurrentes « [...] *nécessités de l'information.* »⁵³². Sans compter que ce nouveau statut de droit reconnu au détenu ne vaut que pour les communications en direction de la famille des intéressés ; pour contacter d'autres interlocuteurs, c'est le régime de la faculté soumise à autorisation qui reste de mise.⁵³³

Cette avancée à saluer reste malgré tout également encore en retard d'un progrès puisque ce sont les téléphones portables qui posent problème, depuis quelques années, en prison. Ils demeurent, pour leur part, interdits, bien que rien ne soit inscrit dans le code à ce sujet.

Le cas d'Internet paraît plus délicat. Interdit d'accès en théorie aux détenus incarcérés, il sert cependant de plus en plus dans le cadre de formations et quelques expérimentations, telles que, à la maison d'arrêt de Bordeaux-Gradignan, une cyberbase, avec accès contrôlé des sites autorisés, qui exclut, bien entendu, des bases très généralistes comme Google⁵³⁴ ; d'autres projets semblent tendre vers un accès des détenus à une messagerie contrôlée par l'administration. Ceci dit, ce type de propositions demeure l'objet de réticences de la part de la frange sécuritaire de l'administration pénitentiaire et n'est pas encore en vigueur⁵³⁵. Par contre, l'autorisation d'un équipement informatique en cellule semble se généraliser et les détenus sont officiellement autorisés, depuis un décret de 2003, à acquérir du matériel informatique, dès lors que cela passe « [...] *par l'intermédiaire de l'administration et selon les modalités qu'elle détermine* »⁵³⁶. Le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (C.G.L.P.L.) estime néanmoins que « [...] *[l]'accès à l'outil informatique fait l'objet d'une « méfiance démesurée » dans les établissements pénitentiaires*[...] » ce qu'il déplore alors que, rappelle-t-il, « [...] *il est*

⁵³⁰ A quatre reprises, au moins, selon la Commission nationale consultative des droits de l'homme, en 1991, 1994, 1996, 2000. (cf. CNCDH, *Etude sur les droits de l'Homme dans la prison*, op. cit., 2004, développement en lien avec la recommandation 21)

⁵³¹ CNCDH, *Etude sur les droits de l'Homme dans la prison*, op. cit., 2004, développement en lien avec la recommandation 21

⁵³² Article 39 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁵³³ Les modalités sont indiquées aux articles R. 57-8-21 et R. 57-8-22 CPP pour les personnes prévenues, à l'article R. 57-8-23 CPP pour les personnes condamnées. Notons que pour les prévenus, la décision judiciaire d'autorisation d'accès au téléphone doit indiquer les seuls numéros autorisés. On est donc sur une restriction de principe, contrairement au principe d'accès auquel ont droit les personnes condamnées.

⁵³⁴ Sur ce plan, des expériences comparables semblent être menées en Suède, -l'élève modèle au niveau des conditions d'incarcération et généralement pris en exemple dans le domaine en regard des autres Etats Européens-, le dernier rapport de visite du CPT dans ce pays faisant référence à une utilisation d'Internet par les détenus dans un établissement précis (Hall Prison), sous le contrôle de l'administration pénitentiaire et dans un cadre éducatif. La France ne serait donc pas en retard sur ce point. (cf. CPT, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 9 to 18 June 2009*, Décembre 2009, [en ligne], site du CPT, p. 34 § 60).

⁵³⁵ Notons à ce sujet qu'existe un blog, intitulé « Vu de prison » qui, jusqu'au 12 janvier 2010, a été considéré comme le premier et le seul blog rédigé par un détenu depuis sa prison. Il s'agissait en réalité d'un artifice dans la mesure où le détenu en question, Laurent JACQUA, envoyait ses textes par courrier à sa femme, libre, qui les recopiait sur le blog. Notons enfin que depuis le 12 janvier 2010, Laurent JACQUA, incarcéré depuis 1984, est sorti de prison après 26 ans de détention effective, sous le régime de la libération conditionnelle. Il continue donc son blog, qui garde son intérêt pour ses réflexions et témoignages mais n'a plus exactement le même statut symbolique. (<http://laurent-jacqua.blogs.nouvelobs.com/>, [en ligne] (consulté le 23/9/2009 puis le 28/6/2010))

⁵³⁶ Article D. 449-1 CPP issu du décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 « modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires ».

omniprésent dans notre société [et que] [c]'est un facteur incontournable de l'intégration dans le monde actuel, en particulier dans le monde du travail. »⁵³⁷

De gré ou de force, le monde extérieur pénètre donc, de manière aujourd'hui quotidienne, les deux institutions. Dans nombre d'établissements et pour les deux administrations, cette infiltration paraît même parfaitement intégrée et admise. Marque probante de la dégénérescence du paradigme du totalitarisme institutionnel au profit de services plus ouverts sur la cité, ainsi que sur le changement de regard porté sur les enfermés et l'évolution des objectifs assignés à la prison et à la psychiatrie. Mais à côté de ces différents intervenants, l'entrée de l'extérieur dans l'Institution qui, officiellement, doit s'avérer la plus probante reste celle opérée par les autorités de contrôle de ces lieux d'enfermement. Il s'agit pourtant moins, dans ce cadre, d'une manifestation de la perte d'autarcie matérielle que, plus profondément juridique, ce qui amène à repousser son étude au second volet de la présente analyse.

C'est par contre à l'autre face de cette fissuration de l'institution totale dans sa problématique relationnelle intérieur-extérieur qu'il faut s'intéresser pour en prendre la complète mesure, et ce toujours *via* la matérialisation du paradigme dans le cadre psychiatrique d'une part, carcéral d'autre part.

II. L'INTERIEUR SORTANT A L'EXTERIEUR

Les relations entre extérieur et intérieur de l'institution sont à double-sens, ce qui souligne la profondeur de la brèche opérée dans le rempart protecteur des deux anciennes institutions totales. Les modalités permettant la sortie des personnes enfermées dans le siècle sont la consécration véritable des nouvelles doctrines psychiatriques et pénales, tournées vers l'intégration et la réinsertion de ces personnes dans la société. Mais au-delà de régimes de soins ou de peine intégrant cette plus grande porosité de la relation au monde extérieur (A), il est intéressant de se pencher sur les modalités les plus représentatives d'une véritable immersion dans la société (B).

A · LES NOUVELLES DOCTRINES : UNE BANALISATION DE « LA SORTIE RAISONNEE DES ENFERMES »

A l'instauration de la sectorisation dans le cadre psychiatrique, marqueur fonctionnel et institutionnel de la véritable révolution conceptuelle de la prise en charge en psychiatrie (1) correspondent les « régimes de confiance » dans le domaine pénitentiaire. Moins spectaculaires sur le plan du saut conceptuel, ils inscrivent la dimension de réinsertion directe, par réimmersion dans la société du détenu qui demeure néanmoins assez strictement surveillé. On reste bien dans un cadre d'exécution pleine de la peine (2).

§ 1. Dans le cadre psychiatrique, le principe du « secteur »

Ce second pan du désaliénisme, entraînant l'institution psychiatrique hors de ses murs, est l'aboutissement le plus prononcé du mouvement. Cette fois, en effet, le fou est réellement replacé dans la cité, au plus près de son environnement familial et généralement familial, de même que l'institution s'installe au cœur de la ville. Il s'agit de désinsérer le moins possible le

⁵³⁷ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE(CGLPL), *Rapport d'activité 2009*, *op. cit.*, 2010, p. 62

sujet de son milieu et de son réseau social, et pour ce faire d'écarter le soin hospitalo-centré. Pour les personnes hospitalisées sous contrainte, cela se traduit concrètement par un suivi en sorties d'essai. Mais surtout, ce nouveau mode de soin permet à bon nombre de malades autrefois internés, généralement sous contrainte, d'échapper à ce régime, ou, plus généralement, de n'y être contraints que temporairement, le temps de la ou des crises. La mise en place, ensuite, d'un programme de soins avec suivi ambulatoire dans le cadre du secteur permet à ces personnes de quitter rapidement l'hôpital et d'être déchargées du carcan de l'hospitalisation sous contrainte, sachant, par contre, qu'une faille dans la régularité de suivi du traitement risque de les entraîner de nouveau vers une crise et une hospitalisation. La « normalité » de leur vie retrouvée ne tient donc qu'à ce suivi ambulatoire et cette régularité de prise du traitement, parfois contraignant à sa manière.

Il semble donc pertinent d'ouvrir notre étude à ces patients, certes libres grâce aux progrès de la psychopharmacologie et à la révolution désaliéniste, mais restant des hospitalisés sous contrainte en puissance⁵³⁸. Loin de nous l'idée de vouloir enfermer ce type de patients dans leur folie, mais il paraît plus satisfaisant, intellectuellement, de prendre en compte l'évolution des pratiques et de la mettre en relation avec l'indéniable réalité de la maladie mentale que l'on sait compenser mais pas guérir. Suivre cette évolution, en matière d'hospitalisation sous contrainte, c'est donc, à notre sens, marcher sur la grande route univoque de l'institution asilaire, puis, arrivé à la fourche créée par la révolution psychiatrique d'après-guerre, choisir d'explorer successivement le sentier que devient le régime de l'hospitalisation sous contrainte puis la route principale du suivi ambulatoire alternatif à cette hospitalisation sous contrainte. L'institution psychiatrique ne peut se définir qu'ainsi aujourd'hui.

Le concept-phare de ce second aspect de la révolution désaliéniste dans le cadre des rapports entre institution psychiatrique et monde extérieur reste, en France, le système de la sectorisation⁵³⁹.

Un pas significatif de ce concept de sortie de l'hôpital des internés – au départ simple mesure médicale – est opéré, une fois encore, dans le cadre saint-albanais, durant la Seconde guerre mondiale : c'est la sortie des malades à l'extérieur pour participer aux actions de lutte contre la faim par le marché noir et à des travaux champêtres ou agricoles⁵⁴⁰ qui sert de prétexte à cette première mise en relation des malades avec la population locale. Prétexte car l'idée n'a pas éclos subitement, contrainte qu'elle aurait été par la seule nécessité : elle est sous-tendue par toute une assise théorique, en lien avec la psychothérapie institutionnelle en cours d'émergence. Tous les complots noués, durant ces années d'Occupation, dans le cadre de la Résistance, avec la population locale et ses gendarmes amènent une connaissance, donc une disparition de la crainte, des habitants locaux envers les habitants de l'asile qui persiste après la fin de la guerre et permet un véritable travail d'ouverture de l'asile dans la cité : la psychiatrie sort de l'hôpital pour aller soigner les malades dans leur cadre familial, visiter ceux qui sont rétablis et soutenir les familles des autres. Consultations à domicile ou suivi *post-cure* pour des malades repartis vivre chez eux, au village ou assimilé, ne sont cependant pas l'apanage du seul asile de Saint-Alban. Si le courant est minoritaire, des initiatives du même type éclosent tout de même dans diverses villes et notamment dans des arrondissements parisiens. Il suffit que l'hôpital soit entre les mains d'un psychiatre conquis par ces modalités révolutionnaires de soin des internés⁵⁴¹. Ainsi, le premier exemple effectif est organisé sous l'impulsion de Philippe PAUMELLE dans le XIII^e arrondissement de Paris : hospitalisation à domicile, hospitalisation uniquement de jour ou de

⁵³⁸ La grande révolution de ce système, par rapport au Centre de prophylaxie mentale ouvert par TOULOUSE en 1922 réside d'ailleurs bien dans cette indistinction opérée, ici, entre les « grands malades mentaux », les « chroniques » pour Edouard TOULOUSE, et qui paraissent condamnés à l'internement à vie, et les « petits mentaux », ceux qui déclarent à peine leur trouble et sur lesquels il convient d'agir avant qu'ils ne se « chronicisent ».

⁵³⁹ Cf explication du système *supra* pp. 141 et s..

⁵⁴⁰ Le ramassage de champignons par exemple.

⁵⁴¹ Internés qui par définition ne le seront plus, mais il nous semble cependant important de garder ce vocabulaire pour bien faire la différence entre ces malades qui, sans cette nouvelle modalité, seraient restés enfermés, et des personnes atteintes de troubles plus légers qui, même à l'époque de l'asile, seraient sorties.

nuit, atelier thérapeutique, clubs, foyers postcure, autant de structures d'accueil qu'il met en place sur son secteur afin de proposer une offre diversifiée de soins aux patients et de leur trouver le plus adapté à leur réinsertion sociale.

L'*intra* et l'*extra*-hospitalier sont désormais complémentaires, ce qui souligne également qu'il s'agit bien, dans le cadre du secteur et avant lui de la psychothérapie institutionnelle, d'ouverture de l'institution et non de disparition. Une ouverture qui participe à un nouveau départ pour cette institution, mais qui s'appuie encore, ponctuellement, sur l'hospitalisation sous contrainte et donc sur des unités d'hébergement à temps complet fermées. *Intra* et *extra* ne peuvent marcher l'un sans l'autre, ayant chacun un rôle thérapeutique spécifique. Tous les patients n'auront pas nécessité de passer par les deux modalités de soins, mais quelques-uns le devront, les deux structures travaillant alors dans la continuité. Ainsi, institutionnellement, il ne peut être fait l'impasse sur l'un des deux, ne serait-ce que pour répondre de manière optimale au plus grand nombre.

Mais il reste certain que le concept n'a pas l'assentiment d'une majorité de psychiatres qui préfèrent rester maîtres de leur établissement « féodalisé », pour reprendre l'image de TOSQUELLES⁵⁴². En outre, jusqu'en 1960, ce concept reste un souhait doctrinal mais aucun document juridique n'en a pris acte, aucune politique ne s'oriente en ce sens au sein de l'administration étatique. Les initiatives restent donc ponctuelles. La circulaire du 15 mars 1960 fait entrer, on l'a évoqué, ce système dans les textes juridiques, cherchant à en faire une politique nationale en matière d'organisation des soins psychiatriques. Sa rédaction marque clairement la volonté d'ouverture de l'institution, d'éclatement et de dissémination de petites structures d'accueil diversifiées dans la cité. L'hospitalisation n'est plus, selon elle, « [...] *qu'une étape du traitement, qui a été commencé et devra être poursuivi dans les organismes de prévention et de postcure.* » Une circulaire, sans doute trop en avance sur son temps, qui a pris les psychiatres de court⁵⁴³ et qui ne plait pas forcément aux élus locaux : ces derniers, soit sont réticents à voir « des fous envahir leurs communes », soit tiennent à conserver leur hôpital psychiatrique, véritable entreprise, à leur yeux, c'est-à-dire source de travail, de revenus et de marchés. Opposition à remarquer tant elle souligne combien les difficultés connues par la politique d'ouverture « intérieur vers l'extérieur », -c'est-à-dire de la population asilaire vers la cité-, émanent autant de l'institution elle-même que de la société environnante.

L'ouverture s'opère progressivement, notamment grâce aux progrès pharmacologiques qui permettent d'effacer les symptômes les plus apparents de ces maladies et de rendre le malade adaptable à la société. Les hôpitaux psychiatriques commencent ainsi à se vider entre 1965 et 1970⁵⁴⁴. L'ouverture s'opère notamment aussi du fait de la crise économique qui,

⁵⁴² Cf. l'explication de cette métaphore *supra*, pp. 141 et s.

⁵⁴³ Analyse portée par le psychiatre Georges DAUMEZON. Propos rapporté par Marie-Rose MAMELET, l'une des principales rédactrices de la circulaire, en tant que responsable du Bureau des Maladies mentales à la Direction Générale de la Santé, Recherches n°17 de 1975. Cité par P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 127

⁵⁴⁴ Le nombre de personnes hospitalisées est en effet remonté, depuis la fin de la guerre et son hécatombe dans les hôpitaux psychiatriques, à 119 000, et 160 000 hospitalisations, en 1969 (soit, comme le calcule Claude QUETEL, 0,25 % de la population), année à partir de laquelle va commencer à s'engager la décroissance que ne cessera plus jusqu'à aujourd'hui. (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 540). (Pour comparaison, on était à des taux de 0,13 % en 1880, 0,15 % en 1890, 0,17 en 1900, 0,18 % en 1920, 0,27 % en 1939. Cf. F. MESLE et J. VALLIN, « La population des établissements psychiatriques : évolution de la morbidité ou changement de stratégie médicale ? », *Population*, 1981, n°6, p. 1039). En 1976, on est à 101 400 personnes hospitalisées en psychiatrie (F. MESLE et J. VALLIN, « La population des établissements psychiatriques : évolution de la morbidité ou changement de stratégie médicale ? », op. cit., 1981, p. 1039). En 1982, le nombre des hospitalisations (libres et sous contrainte) est d'environ 274 000, dont 27 400 sous contrainte, sachant qu'on a déjà changé de logique et que ces patients restent hospitalisés sur des séjours beaucoup plus courts, de l'ordre de quelques mois. Il est d'ailleurs intéressant de noter, dans l'analyse de France MESLE et Jacques VALLIN, le constat que le nombre annuel d'admissions n'est pas significativement représentatif de la forte chute des effectifs d'hospitalisés, compte n'étant pas fait des réhospitalisations et surtout du beaucoup plus faible effectif, à un instant donné, des hospitalisés qui se succèdent plus qu'ils ne s'additionnent comme c'était le cas autrefois. Selon Thibault GONGGRYP, en 1984, on est ainsi à 82 550 personnes hospitalisées en psychiatrie. (Th. GONGGRYP, op. cit., 2007 p. 24, note 110). Il semblerait qu'en 2007 et 2008,

consécutivement au deuxième choc pétrolier de 1979, amène le gouvernement à réduire les dépenses de santé : la réduction du nombre de lits en psychiatrie appartient au projet. Cela implique donc un plus grand *turn-over* des malades, qui jouent parfois aux chaises musicales, et nécessairement une réduction des malades internés de même que de leur séjour. Le nombre des malades dits « chroniques » devient insignifiant par rapport à ce qu'il a été. L'institution doit, de gré ou de force, accepter de relâcher ses fous dans la cité. On arrive ici au paroxysme inverse en matière de gestion de l'accueil en hospitalisation : le manque de lits amène les psychiatres de certains établissements à distribuer des autorisations de sorties de manière prématurée. Reste à voir dans quelles proportions ces levées d'hospitalisation concernent des patients hospitalisés sous contrainte. Mais il est clair que cette fois, c'est la fonction de soin de l'institution qui est atteinte. En parallèle, la sectorisation n'est pas toujours bien organisée et les lois des 25 juillet et 31 décembre 1985⁵⁴⁵, qui la légalisent enfin, ne sont pas prétexte à un regain de moyens pour le système⁵⁴⁶. D'après Patrick COUPECHOUX, le secteur ainsi instauré reste à « *des années-lumière de ce qu'avaient rêvé ses concepteurs* »⁵⁴⁷.

L'institution étant prise dans cette dynamique d'ouverture, l'accès à l'extérieur devient de plus en plus facile, notamment parce que l'institution ouvre ses portes physiquement sur la ville. Dès lors que le médecin-chef de l'unité de soins est d'esprit plutôt libéral et qu'il préfère travailler par contrat avec ses patients plutôt que par contrôles et infantilisation, son unité va gagner en porosité, même au-delà de ce qui lui siérait. Nécessairement certains contrats engageant le patient à cesser les contacts avec l'extérieur vont être violés, nécessairement certains utiliseront le téléphone portable qui leur aura été laissé, comme on l'aurait laissé à tout adulte responsable et à qui on a énuméré les interdictions à ce sujet. Bien entendu aussi, tous les services de psychiatrie n'ont pas encore fait le saut vers l'adoption de cette attitude de responsabilisation du patient qui entraîne une certaine prise de risque. Mais cet état de fait déjà acquis souligne la réelle révolution connue par l'institution psychiatrique : cette ouverture sur l'extérieur ne fait plus peur à ce milieu autrefois clos, au contraire, il l'assume et s'adapte pour maintenir le croupion d'enfermement nécessaire dans le cadre de sa mission tout en se réinscrivant dans la société.

L'ouverture de l'institution et sa dissémination dans la société amène un autre aboutissement, on pourrait parler d'une forme de paroxysme positif cette fois : elle s'intéresse désormais, au-delà du malade⁵⁴⁸, à sa famille et à la prise en charge du soutien psychologique de cette dernière. Cela souligne à quel point l'institution prend acte de la gravité et de l'impact de sa nouvelle politique de désaliénisme : elle accepte de « relâcher ses fous » mais elle a conscience qu'elle délègue, lorsque ces derniers repartent dans leur famille, une partie de son ancienne fonction de prise en charge totale, à cette famille et en tire les conséquences. Cela souligne aussi la nouvelle dimension du regard porté par l'institution sur la folie : elle tient compte de la souffrance par ricochet que peuvent entraîner ces troubles. Reste que si cette politique de prise en charge intégrée appartient aux nouvelles politiques prescrites par les rapports et plans

69 000 personnes aient été hospitalisées sous contrainte au moins une fois dans l'année (Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 10).

⁵⁴⁵ Article 8 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 « portant diverses dispositions d'ordre social » et loi n° 85-1468 du 31 décembre 1985 « relative à la sectorisation psychiatrique »

⁵⁴⁶ Au contraire, Yves GIGOU porte une critique redoutable à l'encontre de cette consécration juridique de la sectorisation, estimant qu'elle a tari, par le caractère de plus en plus contraignant des lois qui se succèdent depuis, l'inventivité dont les soignants faisaient preuve pour faire fonctionner le secteur et l'accorder avec l'objectif thérapeutique et médico-social, qu'ils plaçaient derrière. (Yves GIGOU est infirmier de secteur psychiatrique aujourd'hui cadre de santé en région parisienne. Il est également membre de la rédaction de la revue *Santé Mentale* et ancien rédacteur en chef de la revue *Vie sociale et Traitements*.) Source : Débat sur l'« Etat des lieux de la psychiatrie française », dans I. OMELIANENKO et F. TESTE, *De grandes Traversées*, « Voyages en psychiatrie », France-Culture, 7/8/2006

⁵⁴⁷ P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 144

⁵⁴⁸ Nous pensons toujours ici particulièrement au malade susceptible d'hospitalisation sous contrainte, celui que nous avons placé au coeur de notre étude.

projectifs⁵⁴⁹, si un certain nombre de psychiatres cultivaient déjà cette orientation dans certains secteurs⁵⁵⁰, le manque de moyens de la psychiatrie publique, voire parfois la formation de certains psychiatres qui restent centrés sur le seul patient, empêchent encore trop souvent une telle écoute des familles.

§ 2. Dans le cadre pénitentiaire : les « régimes de confiance » et l'ouverture intellectuelle et artistique

Sur le plan carcéral, l'ouverture vers l'extérieur s'opère par le biais de mesures d'aménagement de peine permettant au détenu de sortir, au moins temporairement, de l'ancre carcérale. Qualifiés de « *régime de confiance* » par Bernard BOULOC qui les définit comme « *caractérisés par l'absence de précaution matérielles et physiques contre l'évasion, et fondés sur une discipline, non plus imposée mais consentie* »⁵⁵¹, ils permettent de réhabituer progressivement le détenu en fin de peine à la vie complètement libre. Ils sont en tout cas aussi forts symboliquement pour le détenu qui retrouve une certaine croyance en son honnêteté reconnue par les institutions judiciaire et pénitentiaire, qu'ils sont utiles pratiquement en tant que transition en douceur entre la vie statique et infantilissante de la prison et celle active et autonome de l'extérieur. Deux mesures entraînant l'organisation de structures adéquates, sont particulièrement représentatives de cette sortie aménagée : le placement à l'extérieur (a) et le régime de la semi-liberté (b), auxquelles on peut rajouter plus récemment le placement sous surveillance électronique (PSE)⁵⁵² (c).

A ces ouvertures radicales voulues et organisées par l'administration pénitentiaire, il faut rajouter la brèche en demi-teinte organisée mais plus contrôlable et bridée, s'étendant souvent au-delà des bornes fixées sur un mode officieux, qu'est la possibilité d'expression et de divulgation de leurs productions reconnues aux individus maintenus incarcérés (d).

◇ a) Le placement à l'extérieur

Cette première mesure est issue des chantiers extérieurs mis en place durant la guerre pour désengorger les prisons. Le principe du placement à l'extérieur est d'envoyer le détenu travailler hors de la prison, le travail restant contrôlé par l'administration pénitentiaire⁵⁵³. Un travail qui peut être autant en extérieur qu'en atelier. Quant au contrôle, il peut, en réalité, adopter deux formes. La première s'appuie sur une surveillance effective du détenu par le personnel pénitentiaire qui maintient notamment l'application du régime disciplinaire⁵⁵⁴. L'employeur – collectivité publique, administration ou personne physique ou morale – doit donc s'accommoder d'un certain nombre de directives dans ce cadre. A la fin de chaque journée de travail, le détenu réintègre son établissement pénitentiaire^{555 556}, ses horaires comme ses conditions de travail étant cependant calqués sur celle des autres travailleurs libres exerçant le même métier. La seconde forme consiste précisément à ne plus faire surveiller le détenu directement par le personnel pénitentiaire⁵⁵⁷. En ce cas, selon la situation du détenu et les motifs de son placement, qui peuvent être plus variés que dans la modalité de placement sous surveillance, l'employeur, le directeur du centre de soins ou celui du centre de formation auquel

⁵⁴⁹ Notamment E. PIEL et J-L. ROELANDT, *De la psychiatrie vers la santé mentale. Rapport de mission*, [en ligne], Ministère de l'emploi et de la solidarité, juillet 2001 86 p. Disponible via le site de la Documentation française. ; MINISTERE DES SOLIDARITES, DE LA SANTE ET DE LA FAMILLE, *Plan Psychiatrie et santé mentale 2005-2008* [en ligne], 98 p. Disponible sur le portail de la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie (CNSA)

⁵⁵⁰ On peut ainsi penser au psychiatre Patrick CHALTIEL à Bondy.

⁵⁵¹ Citation non-attribuée reprise chez B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 243

⁵⁵² En conséquence de l'approche qui vient d'être exposée de ces mesures, il ne sera étudié dans le cadre présent que le PSE au titre d'aménagement de fin de peine. Le PSE au titre de peine ou d'aménagement de peine *ab initio* est donc volontairement évacué de ce paragraphe. (il est par contre approché *infra* pp. 174-175)

⁵⁵³ Alinéa 1er de l'article 723 CPP

⁵⁵⁴ Livre V, Titre II, Chapitre 2, Section VII, § 2 (articles D 126 à D. 135 CPP) et notamment article D. 130 CPP

⁵⁵⁵ Sauf décision contraire du juge d'application des peines, sur proposition de l'administration pénitentiaire

⁵⁵⁶ Article D. 130 CPP

⁵⁵⁷ Livre V, Titre II, Chapitre 2, Section VII, § 3 (article 136 CPP)

le détenu a été affecté se voient chargés de la garde du détenu. Ils doivent donc s'assurer qu'à aucun moment, le prisonnier ne quitte la structure qui l'accueille, que ce soit durant les périodes ouvrées ou durant celles de repos. La moindre absence doit être immédiatement signalée à l'administration pénitentiaire « [...] *quelle qu'en soit la durée* »⁵⁵⁸.

Sur le plan du travail, le régime du placement à l'extérieur, qui reste normalement sous le régime dérogatoire du travail pénitentiaire, à savoir l'absence de contrat de travail, s'est ouvert au régime du droit du travail de droit commun par la loi du 2 janvier 1990⁵⁵⁹. Cette dernière permet que, par dérogation, un contrat de travail puisse être établi entre le condamné et son employeur⁵⁶⁰. Dès lors, comme un employé libre, le détenu verra ses salaires versés sur un compte extérieur, différent de celui nominatif ouvert dans le cadre pénitentiaire⁵⁶¹. Les détenus qui en restent au régime de principe conservent le système du versement de salaire par le biais de l'administration pénitentiaire sur leur compte nominatif interne, continuant à appliquer le partage du pécule comme pour les détenus captifs⁵⁶². Ils se voient pourtant reconnaître une certaine autonomie dans leurs finances, étant autorisés à détenir les sommes d'argent nécessaires à assurer leurs dépenses quotidiennes (repas, frais médicaux, etc.) L'évaluation de ces sommes est cependant laissée à la discrétion du chef d'établissement et les détenus doivent justifier les dépenses effectuées⁵⁶³. Les bénéficiaires de dérogation sont donc les seuls qui reviennent pleinement à un régime professionnel normal et touchent vraiment à une gestion de leur vie comme en liberté.

Il est à noter cependant que cette mesure de placement à l'extérieur concerne de manière générale les détenus, soit dont la durée de la ou des peines cumulées, soit dont le reliquat de peine, n'excède pas deux ans⁵⁶⁴ – gage de faible dangerosité de l'intéressé *a priori* –, et qui doivent remplir toute une série de conditions sensiblement différentes selon que le placement est prévu avec ou sans surveillance. Concernant les candidats au placement sous surveillance, outre une importante série de critères liés principalement à leur comportement en détention et à leur personnalité⁵⁶⁵, ils doivent soit ne plus avoir à purger qu'une peine n'excédant pas cinq ans en n'ayant pas été condamnés antérieurement à une peine privative de liberté excédant six mois, soit remplir les conditions de délais nécessaires à l'éligibilité à une libération conditionnelle, soit remplir les conditions pour être éligibles à la semi-liberté, soit enfin remplir les conditions pour bénéficier d'un placement sans surveillance ; les détenus candidats au placement sans surveillance doivent, pour leur part, soit ne plus avoir à purger qu'une durée de peine n'excédant pas deux ans⁵⁶⁶, soit avoir été admis au bénéfice de la libération conditionnelle, mais sous condition d'un placement extérieur à titre probatoire, soit, alors que la peine restant à subir n'excède pas trois ans, remplir les conditions de délais requises pour être proposés pour une libération conditionnelle⁵⁶⁷.

◇ **b) La semi-liberté**

La semi-liberté s'avère être, précisément le second régime de confiance soulignant l'émancipation des détenus par rapport à l'institution pénitentiaire. Apparu en France après la seconde guerre mondiale, son principe est de permettre au délinquant d'exercer une activité professionnelle, de suivre un enseignement, une formation professionnelle ou autre stage voire

⁵⁵⁸ Article D. 136 CPP

⁵⁵⁹ Loi n° 90-9 du 2 janvier 1990

⁵⁶⁰ Alinéa 3 de l'article 717-3 CPP

⁵⁶¹ Alinéa 1er de l'article D. 121 CPP

⁵⁶² Alinéa 2 de l'article D. 121 CPP

⁵⁶³ Article D. 122 CPP

⁵⁶⁴ Alinéa 1er de l'article 723-1 CPP depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 novembre 2009. Antérieurement, le seuil était à un an, ce qu'il reste pour les personnes en état de récidive légale.

⁵⁶⁵ Ils doivent « [...] présente[r] des garanties suffisantes pour la sécurité et l'ordre public [...] au regard de leur personnalité, de leurs antécédents, de leur conduite en détention et des gages de réinsertion dont ils ont fait preuve [...] » (article D. 128 CPP)

⁵⁶⁶ Et un seul en cas de récidive légale

⁵⁶⁷ Article D. 136 CPP

un emploi temporaire, ou un traitement médical, ou encore de participer de manière essentielle à sa vie de famille⁵⁶⁸. La loi de novembre 2009 est venue élargir un peu plus le champ des personnes éligibles à cette mesure en insérant également d'une part la recherche d'emploi comme activité marquant la volonté de réinsertion et d'autre part « [...] *l'existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive* »⁵⁶⁹ parmi les raisons pouvant donner lieu à octroi d'un tel aménagement de peine. Par contre, le semi-libéré a obligation de réintégrer quotidiennement son établissement pénitentiaire d'accueil dès la fin de ses activités autorisées, et d'y demeurer enfermé en-dehors de ces périodes de sorties justifiées par les obligations prédéfinies⁵⁷⁰. A ne regarder que les textes, le régime semblerait plus sévère que celui auquel serait astreint le détenu placé à l'extérieur sans surveillance du personnel pénitentiaire, qui peut éventuellement se voir accorder un régime selon lequel il n'est pas tenu de rentrer tous les soirs dans son établissement pénitentiaire. Pourtant, c'est bien le régime de la semi-liberté qui est utilisé comme un passage obligé avant la libération définitive des détenus à des peines ayant duré plusieurs années, un régime qui pose intrinsèquement l'absence de surveillance continue du détenu durant toutes ses périodes d'absence de l'établissement pénitentiaire. En réalité, l'octroi de ce régime s'accompagne généralement de permissions de sortir pour les dimanches ou les jours fériés ou chômés⁵⁷¹. En outre, la loi du 30 décembre 1985 ouvre la possibilité de définir des modalités d'exécution aux termes desquelles le condamné n'est pas astreint à rejoindre quotidiennement son établissement pénitentiaire. Il est réellement considéré comme une demi-mesure entre l'enfermement total et la liberté totale, considération prise de tous leurs corollaires respectifs dans la gestion de la vie quotidienne. Il a ainsi été, en son temps, une étape obligatoire dans le cadre du régime progressif et continue d'être une condition préalable, dans certains cas obligatoire, à l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle⁵⁷².

Le détenu peut faire l'objet d'obligations complémentaires vues comme des conditions de l'octroi du régime de semi-liberté, forme de réadaptation sous contrôle à la vie autonome en fonction de l'infraction qui a mené le condamné là où il en est. Ainsi, le juge d'application des peines peut obliger le détenu à se soumettre à des soins médicaux, lui interdire de conduire certains véhicules, de fréquenter certains lieux, débits de boissons ou casinos ou encore de fréquenter certaines personnes⁵⁷³. Ces individus sous écrou restent de toute façon soumis au régime disciplinaire carcéral applicable aux détenus de leur catégorie et tout manquement à ces règles, auxquelles se rajoutent les modalités individuellement définies par le juge d'application des peines du régime de semi-liberté, doit être signalé au juge d'application des peines, pouvant éventuellement entraîner la réintégration en prison⁵⁷⁴.

Financièrement, ils sont, comme les détenus placés à l'extérieur, autorisés à détenir une somme d'argent dont le montant est décidé par le chef d'établissement afin de subvenir à leurs dépenses quotidiennes immédiates (transport et nourriture), prélevée sur leur compte nominatif interne à l'administration pénitentiaire et dont ils doivent justifier l'utilisation à chaque retour⁵⁷⁵. En réalité, actuellement, les mêmes modalités de gestion financière que celles autorisées aux détenus placés à l'extérieur sans surveillance pénitentiaire sont appliquées aux détenus en semi-liberté⁵⁷⁶. On considère en outre que le détenu en semi-liberté bénéficie d'un véritable contrat de travail avec son employeur dans la mesure, notamment où il donne expressément son accord à la convention signée entre l'administration pénitentiaire et l'employeur. Il sort donc, de ce point

⁵⁶⁸ Article 132-25 du Code pénal. On s'accorde en effet en général à penser que les conditions d'octroi exigées lorsque la semi-liberté est prononcée par une juridiction de jugement, en tant que peine, valent également pour accorder ce régime au titre de mesure d'application de peine, les textes ne précisant rien sur ce dernier point.

⁵⁶⁹ Article 132-25 du Code pénal suite à modification par l'article 66 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁵⁷⁰ Article 132-26 du Code pénal

⁵⁷¹ Article D. 143-1 CPP

⁵⁷² Articles 723-1 et 720-5 CPP

⁵⁷³ Article D. 138 CPP renvoyant aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal

⁵⁷⁴ Article D. 124, D. 137 et 723-2 CPP

⁵⁷⁵ Article D. 122 CPP

⁵⁷⁶ Article D. 121 CPP

de vue, du carcan carcéral et est soumis au droit commun du travail, hormis quelques aménagements propres à la situation particulière de ce travailleur qui peut éventuellement voir sa semi-liberté révoquée sans préavis ; dans cette situation précise, il doit donc pouvoir quitter son employeur sans préavis.

Malgré tous ces avantages en termes de réinsertion sociale et de resocialisation du détenu, la grande difficulté de la mise en oeuvre de ce régime réside dans le nombre restreint d'employeurs acceptant de prendre à leur service un détenu, surtout encore sous écrou, tout en maintenant autour de sa situation une discrétion suffisante. La seconde difficulté tient au détenu lui-même qui ne doit pas succomber aux sirènes de l'évasion et respecter jusqu'au bout toutes les contraintes de cette liberté encore bridée. Pour l'administration pénitentiaire, l'une des grandes difficultés demeure dans l'accès à l'extérieur, outrepassant les bornes de ce qu'elle peut matériellement contrôler, que représente un tel détenu par rapport au reste de la détention. Le prisonnier peut ainsi rentrer en contact avec les milieux délinquants au profit de détenus qui, précisément, ne bénéficient pas de ce droit de sortir. C'est dans cette optique que les détenus doivent être aujourd'hui placés dans des établissements, ou les quartiers des centres pénitentiaires, exclusivement réservés aux condamnés placés sous ce régime⁵⁷⁷.

Là encore, les bénéficiaires sont scrupuleusement choisis, devant remplir les mêmes conditions générales que pour le placement à l'extérieur, issues de l'article 723-1 CPP, à savoir avoir été condamné à une peine inférieure ou égale à deux ans ou ne plus avoir qu'un reliquat de peine équivalent à cette même durée ou bien que la semi-liberté ait été exigée au titre de condition probatoire avant l'octroi d'une libération conditionnelle.

◇ C) *Le placement sous surveillance électronique*

Le Placement sous Surveillance Electronique (PSE), introduit dans le droit français par la loi du 19 décembre 1997⁵⁷⁸, est porté par le même esprit que le régime de semi-liberté mais se montre encore plus souple et plus sûr puisque le condamné n'a cette fois plus à se présenter en prison en-dehors de ses heures de sorties autorisées. On a déjà basculé dans le milieu libre. Par contre, au lieu d'accueil qu'il aura choisi, généralement son domicile, sa présence sera obligatoire en-dehors de ces mêmes plages horaires et il peut être contrôlé à distance, voire par déplacement du personnel pénitentiaire⁵⁷⁹ ⁵⁸⁰ au lieu d'assignation, de manière bien plus systématique que dans le cadre des permissions de sortir accompagnant, notamment, le régime de semi-liberté pour l'assouplir. Pour ce contrôle à distance, le condamné est astreint à porter en permanence un émetteur sur lui⁵⁸¹. La différence entre les deux lieux d'astreinte est cependant de poids, le condamné placé sous PSE pouvant réellement retrouver une vie sociale.

Cette mesure ne peut cependant concerner que les condamnés dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans⁵⁸² ou à titre probatoire avant une mesure de libération conditionnelle⁵⁸³. La loi du 24 novembre 2009 inscrit en outre le PSE de fin de peine dans une automaticité inédite – et controversée⁵⁸⁴ – cherchant à éradiquer les « sorties sèches » : l'article

⁵⁷⁷ Cf. à ce sujet l'avis de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 21/11/2005, n°0050010P, *AJP*, n°1/2006, 2006, pp. 44-45, note M. HERZOG-EVANS

⁵⁷⁸ Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 « consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté »

⁵⁷⁹ Ou éventuellement des services de police ou de gendarmerie

⁵⁸⁰ Article 723-9 CPP

⁵⁸¹ Article 723-8 CPP

⁵⁸² Elévation du seuil de un à deux ans opérée par la loi du 24 novembre 2009 (article 81), sauf récidivistes pour lesquels il reste à un an.

⁵⁸³ Article 723-7 CPP

⁵⁸⁴ Est pointée la perte du principe d'individualisation de la mesure (cf. M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA*, 2010, p. 33), M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJP*, 2009, pp. 485-486). Pour ce dernier auteur, on sort de l'aménagement de peine bien compris dans la mesure où le fondement même de cette démarche était l'adaptation au cas par cas de la mesure, donc le choix par le juge de celle qui correspondait le mieux au profil du délinquant dans tout l'arsenal offert par le Code de procédure pénal dans ce domaine, mesure assortie elle-même des conditions, obligations etc. afin d'affiner encore davantage son accointance à l'intéressé, mais aussi, l'implication indubitable du condamné dans un projet qu'il avait construit lui-même et qu'il devait

723-28 CPP énonce donc désormais l'aménagement par principe du reliquat de peine des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans et auxquelles il reste quatre mois d'emprisonnement à subir ou, pour les peines inférieures ou égales à six mois, auxquelles il reste les deux tiers de la peine à subir « [...] *lorsqu'aucune mesure d'aménagement n'a été ordonnée six mois avant la date d'expiration de la peine* ». L'automatisme n'est néanmoins pas absolue : le placement ne sera pas mis en place « [...] *en cas d'impossibilité matérielle, de refus de l'intéressé, d'incompatibilité entre sa personnalité et la nature de la mesure ou de risque de récidive* ». Il faut notamment penser à la structuration intellectuelle et psychologique déjà avancée que ce mode de contrainte exige, à la compréhension des contraintes que cela pose. Or toute une catégorie de personnes détenues restent incapables de comprendre l'intransigeance du respect des horaires de présence à domicile, que l'on joue sur de la ponctualité et de la précision, qu'être chez le voisin, même dans l'appartement contigu au sien, n'est pas être chez soi. Aussi et surtout, cela impose que le détenu ait au moins un logement fixe et une ligne téléphonique⁵⁸⁵. Cette automatisme s'accompagne d'une déjuridictionnalisation fortement critiquée de la mesure⁵⁸⁶, le directeur du SPIP étant désormais chargé du prononcé de cette mesure dans ce cadre, sous l'autorité du procureur de la République, qui peut, pour sa part, accompagner ce PSE de mesures de contrôle et d'obligations choisies dans la liste classique des articles 132-44 et 132-45 du code pénal⁵⁸⁷.

En outre, le Placement sous Surveillance Electronique Mobile (PSEM), une version améliorée du PSE par l'introduction de la technologie du GPS dans ce cadre, est arrivé au terme de sa phase d'expérimentation. Introduit dans le droit français par la loi du 12 décembre 2005 « relative au traitement de la récidive des infractions pénales »⁵⁸⁸, il concerne les condamnés à de longues peines – égales ou supérieures à sept ans de prison – notamment dans le cadre de leur suivi socio-judiciaire ou de leur libération conditionnelle. Il permet davantage de liberté de circulation de ces individus dans la mesure où chacun de leurs mouvements peut être contrôlé sans les astreindre à demeurer à leur lieu d'assignation. Mesure considérée comme lourde psychologiquement, malgré le saut libertaire qu'elle signifie par rapport au maintien en enfermement complet, sa durée d'application ne peut excéder deux ans, renouvelable une fois pour une condamnation originelle pour un délit, de deux ans renouvelable deux fois pour une condamnation originelle portant sur un crime.

défendre devant le juge, ce qui ne pouvait qu'en affermir sa volonté à le mener à bien et l'affiner. Sans compter l'accompagnement psycho-social individuel souvent nécessaire dans ce processus où les obstacles pouvant faire pencher vers des solutions de facilité délinquantes ne sont pas épargnés au probationnaire. Cette logique de l'aménagement de peine ayant pour seul objectif l'efficacité en terme de réadaptation sociale, réintégration dans la société, et donc prévention de la récidive est donc intégralement remise en cause par l'instauration de « *grâces électroniques* » de masse (M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *op. cit.*, 2009, p. 485). Une critique dans le même esprit est portée par Eric SENNA, conseiller à la Cour d'Appel de Montpellier, qui y voit surtout un opportunisme budgétaire ayant occulté la réflexion criminologique (E. SENNA, « L'a systématisation des aménagements de peine », *La Gazette du Palais*, janv. 2011, n°4, pp. 11 et s.).

Le décret n°2010-1278 du 27 octobre 2010 « relatif aux modalités d'exécution des fins de peines d'emprisonnement en l'absence de tout aménagement de peine » est venu préciser la mise en application pratique de cette réforme.

⁵⁸⁵ Quoique, en vue de la démocratisation et de la volonté de généralisation massive de cette mesure, des solutions ont été recherchées afin de la rendre accessible y compris à des personnes indigentes, sans ligne téléphonique fixe et ne pouvant en obtenir faute de ressources financières suffisantes, voire sans domicile : le recours à un numéro vert et la mise à disposition de dispositifs cellulaires a permis de pallier le premier obstacle technique, la passation de conventions au niveau national avec des organismes acceptant de « [...] *contribue[r] à l'hébergement* [...] » de ces personnes sans domicile éligibles au PSE (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, pp. 151-152)

⁵⁸⁶ Cf. M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *op. cit.*, 2010, p. 33), M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *op. cit.*, 2009, p. 483-485)

⁵⁸⁷ La finalisation de cette déjuridictionnalisation a été récemment opérée avec la publication du décret n°2010-1276 du 27 octobre 2010 « relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines », d'entrée en vigueur immédiate puisque ces dispositions sont plus favorables aux condamnés que l'état du droit antérieur.

⁵⁸⁸ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 « relative au traitement de la récidive des infractions pénales »

◇ d) *La diffusion des productions issues des détenus incarcérés*

En ce qui concerne les détenus restant enfermés, la sortie vers le monde extérieur peut s'exprimer de manière plus symbolique mais considérée comme plus dangereuse, sans doute, pour l'institution pénitentiaire : l'enfermé peut écrire et parler depuis sa cellule. Indéniablement, ce type de brèche porte atteinte à l'intégrité d'institution totale de l'institution pénitentiaire, de manière sans doute bien plus affirmée que la sortie de détenus considérés aptes à retrouver un début de liberté. Le premier cas, en effet, celui du prisonnier séquestré qui s'exprime depuis l'intérieur de la prison, est davantage propice à la dénonciation, même implicite, de l'institution et de son fonctionnement tandis que dans le second cas, celui du prisonnier en permission de sortie ou bénéficiant d'un aménagement de peine en milieu ouvert voire libre, les bénéficiaires sont d'abord préoccupés par l'exécution de leur peine et leur resocialisation, enjeu vital pour leur avenir proche.

Dans tous les cas, toute diffusion directe hors de la prison d'écrits ou de réalisations émanant des prisonniers doit être autorisée au moins par le directeur régional des services pénitentiaires, et éventuellement, lorsque l'impact peut atteindre une dimension nationale, par le ministre de la Justice⁵⁸⁹. Ainsi, si l'institution carcérale accepte de faire tomber le sceau du secret et d'atténuer l'étanchéité de son univers par rapport à la société civile, elle tient également à garder le contrôle de ce qui peut être rapporté sur elle, surtout lorsque cela émane d'individus en laquelle elle n'a pas confiance et qui, généralement, lui sont hostiles. Cela n'empêche pas cependant, la diffusion d'un certain nombre d'écrits rédigés effectivement de la main de prisonniers, notamment des journaux créés dans le cadre d'un atelier-journal, au sein d'un établissement donné, par exemple, et qui peuvent ensuite être distribués à l'extérieur selon les cas. Nombre de journaux montés par des détenus, à l'existence parfois tenace – quoique cela reste rare, les journaux se maintenant rarement plus d'un an – ont ainsi pu voir le jour : on peut penser au *Monte-Cristo* à la prison des Baumettes, au *Trait d'union* à Melun⁵⁹⁰. Aujourd'hui, certaines prisons sont même passées à l'ère radiophonique, animant une émission de radio diffusée à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire⁵⁹¹. Le blog de Laurent JACQUA est, pour sa part, le premier exemple de la traduction en mode de communication moderne de cette ouverture vers l'extérieur.⁵⁹²

B · LES MODALITES DE SORTIE AVANT SORTIE DEFINITIVE

A côté de cette première présentation généraliste de l'ouverture progressive de l'institution, il est fondamental d'évoquer les seules mesures existant dans le régime général, qui, en-dehors de la fugue ou de l'évasion, permettent à une personne hospitalisée sous contrainte ou détenue de sortir, selon les cas, des murs de son unité, de l'hôpital ou de sa prison : les sorties d'essai et autres sorties temporaires médicalement autorisées pour la première (1), les

⁵⁸⁹ Articles D. 444-1 et D. 445 CPP

⁵⁹⁰ Le regard du Contrôleur général des lieux de privation de liberté reste sévère sur ces publications, très contrôlées, et que les détenus eux-mêmes semblent trouver vides de sens dans la mesure où elles ne parlent pas vraiment d'eux, devant se maintenir à un langage « politiquement correct » au sens de l'administration pénitentiaire. Cela semble aussi beaucoup dépendre de la personnalité du chef d'établissement, peut-être de la population pénale locale. Ainsi, la situation apparaît contrastée entre le CP de Lorient-Ploermeur où c'est le directeur du centre qui est le directeur de publication et où le fonctionnement de l'établissement ne doit pas être évoqué dans les articles et la MC de Poissy (une exception selon le contrôleur général des lieux de privation de liberté) où le journal est intégralement conçu par les détenus où tout sujet peut être abordé tant qu'il ne met pas en cause la sécurité des personnels et de l'établissement (CGLPL, *Rapport d'activité 2009, op. cit.*, 2010, pp. 59-60)

⁵⁹¹ Par exemple, **L'Envolée** Fréquence Paris Plurielle (Prisons couvertes : MA du Bois-d'Arcy / MA de Nanterre / MA de Fresnes / MA de Fleury-Mérogis / MA de la Santé / MA de Villepinte / MA de Versailles / Centrale de Poissy / MA d'Osny), **ANGERS : L'huile sur le feu** Radio G - 101.5 FM (Prison couverte : MA d'Angers), **GRENOBLE : Les Murs ont des Oreilles** Radio Kaléidoscope - 97 FM (Prison couverte : MA de Varcès), **NANTES / SAINT-NAZAIRE : La Belle à Perpét'** Alternantes FM - 98,1 FM à Nantes / 91 FM à Saint-Nazaire (Prisons couvertes : CP de Nantes / MA de Nantes), etc. Cf., pour des informations complémentaires, http://lejournalenvolee.free.fr/article.php3?id_article=4.

⁵⁹² Cf. informations sur ce blog *supra*, p. 166, note 529

permissions de sortie ou la libération conditionnelle pour la seconde (2).

§ 1. Les sorties d'essai ou temporaires dans le cadre psychiatrique

Le procédé thérapeutique de la sortie d'essai est ainsi le moyen le plus connu par lequel l'institution psychiatrique va permettre à une personne restant sous hospitalisation sous contrainte de sortir, malgré tout, de l'enceinte de l'hôpital. Devenant en théorie une pierre angulaire de la nouvelle approche du soin, la procédure ne sera cependant légalisée qu'en 1990. Dans l'intervalle, les psychiatres continuent de s'appuyer sur l'usage et sur des textes réglementaires. Il est vrai qu'une forme de possibilité de sortie existe dès le règlement-modèle de 1857, en son article 170⁵⁹³, repris par l'article 193⁵⁹⁴ du règlement modifié de 1938. Cette procédure, dont l'ancienneté de l'existence juridique est souvent occultée par les auteurs traitant des sorties d'essai⁵⁹⁵, apparaît effectivement sommaire donc imprécise quant à la mise en oeuvre et l'objectif de ces sorties. Sa rédaction amène même Vincent BRU à estimer que la méthode de la sortie d'essai « [...] ne pouvait même pas se prévaloir d'une quelconque filiation avec le règlement-modèle de 1838 [sic]⁵⁹⁶ applicable aux asiles : il ne paraît pas contestable que l'article 193 de ce règlement, portant sur les permissions de promenades extérieures, n'a pas entendu inclure cette méthode thérapeutique, pourtant largement utilisée à l'époque. [...] »⁵⁹⁷. Cet avis radical et personnel, infirmé par d'autres auteurs⁵⁹⁸, souligne en tout cas la nécessité pour les médecins de se fixer eux-mêmes des cadres à l'utilisation de ce procédé thérapeutique. S'ils pouvaient éventuellement se référer, successivement, aux deux articles de règlements précités, ils ont dû établir doctrinalement l'intérêt thérapeutique de ces sorties et les indications, cliniques comme contextuelles⁵⁹⁹, qui pouvaient permettre de les prescrire. Le flou subsistait cependant sur la procédure à respecter pour donner un caractère juridiquement acceptable à cette sortie, sur la situation juridique du malade ainsi autorisé à s'émanciper de l'hôpital, sous condition et surveillance, et surtout sur le régime de responsabilité en cas d'incident. Les pratiques et modalités différaient donc d'un établissement à l'autre.

Eu égard à la nouvelle approche de la folie et du soin en psychiatrie, il est tout à fait symptomatique que le premier texte traitant avec précision des sorties d'essai soit une circulaire de 1957. Elle prend acte de cette forme de procédé thérapeutique, et surtout lui reconnaît son objectif de « [...] faciliter la réinsertion sociale du sujet, en favorisant sa réadaptation professionnelle »⁶⁰⁰. L'utilisation de la sortie d'essai n'est donc pas anodine, mais cible bien la

⁵⁹³ Article 170 du règlement du 20 mars 1857 : « Aucun aliéné ne peut faire de promenades extérieures, s'il n'est accompagné d'un infirmier ou d'une infirmière, ou s'il n'est confié à un parent ou à un ami qui prend la responsabilité de la surveillance du malade au seuil de l'établissement.

La permission de sortie, délivrée par le médecin en chef et visée par le directeur, doit mentionner le nom de la personne qui accompagnera ou recevra le malade et déterminer la durée de l'absence. »

⁵⁹⁴ L'article 193 du règlement de 1938 reprend donc les dispositions précitées de l'article 170 du règlement de 1857, en précisant néanmoins la procédure encadrant la sortie lorsque celle-ci se fait sous la responsabilité d'un proche : ce parent ou cet ami doit établir « [...] une demande écrite soumise à l'approbation du médecin chef de service et au visa du directeur [...] » et prendre par écrit la responsabilité de la surveillance du malade durant la sortie.

⁵⁹⁵ Ainsi, pour exemple, autant Assia BOUMAZA que Vincent BRU affichent le règlement de 1938 comme le texte le plus ancien évoquant les sorties d'essai, ignorant sans ambages le règlement de 1857.

⁵⁹⁶ Une erreur matérielle s'est vraisemblablement glissée dans le texte de Vincent BRU, qui souhaitait de toute évidence évoquer ici le règlement-modèle de 1938.

⁵⁹⁷ V. BRU, « Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales », *RTDSS*, 1981, n° 66, p. 177

⁵⁹⁸ On renvoie ici notamment à l'analyse des sorties d'essai menée par G. MASSE et M. ZWINGENBERGER, « Les sorties d'essai : évolution et perspectives », *L'information psychiatrique*, juin-juillet 2006, vol. 82, n° 6, pp. 481-493 et à la note de Franck MODERNE sous l'arrêt du Tribunal administratif de Pau du 18/3/1964 « *SEMPE c/ Préfet des Basses-Pyrénées* » parue au *Recueil Dalloz Sirey*, 1965, p. 317.

⁵⁹⁹ Il s'agissait notamment d'évaluer la situation familiale, le malade retournant alors généralement dans sa famille, ainsi que l'impact éventuel sur des tiers selon J. RAYNIER et H. BAUDOIN. (J. RAYNIER et H. BAUDOIN, *L'aliéné et les asiles d'aliénés au point de vue administratif et juridique*, 2e éd. Paris, Librairie Le François, 1930, mentionné par G. MASSE et M. ZWINGENBERGER, « Les sorties d'essai », *op. cit.*, 2006, pp.481-493).

⁶⁰⁰ Circulaire DGS/HS n° 476-7 du 4 juin 1957, cité par V. BRU « Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales » *op. cit.*, 1981

volonté du retour du malade à la société et de l'ouverture de l'institution dans le sens « intérieur vers extérieur », c'est-à-dire d'une sortie de la population asilaire dans la cité.

Le principe de la sortie d'essai est d'autoriser le patient à sortir de l'hôpital alors même que, comme a eu l'occasion de le confirmer le Conseil d'État dès 1967⁶⁰¹, il reste sous un régime de placement, aujourd'hui d'hospitalisation sous contrainte⁶⁰². Son grand intérêt est qu'elle permet dès lors de garder un pouvoir sur le malade, en permettant sa réintégration à l'hôpital, notamment contre la volonté du patient, à tout moment, sans formalité. La mesure s'adressant à des patients en cours de stabilisation et que le corps médical souhaite « tester » dans sa reprise de contact avec « le monde réel » – la société et son ensemble de contraintes et dangers – et avec un environnement qui avait pu s'avérer pathogène voire déclencheur de ses troubles, il s'agit de pouvoir réagir dans l'urgence en cas de rechute, mais de laisser le temps de l'observation. En conséquence, la sortie d'essai est une sortie de longue durée : la circulaire de 1957 indique qu'elle ne peut être inférieure à un mois et peut durer jusqu'à trois mois, sachant qu'elle peut ensuite être indéfiniment renouvelée pour des durées similaires⁶⁰³. A la base, cette sortie conditionnelle offre donc de fortes similitudes avec la libération conditionnelle des détenus : ils sont libres mais tenus de ne pas faire d'incartades. Comme l'analyse Vincent BRU, il s'agit d'un régime où le sujet devient réellement acteur de sa guérison⁶⁰⁴, ce qui le ramène à son statut d'adulte raisonnable et de citoyen dans la cité⁶⁰⁵, une passerelle de plus tissée entre la mesure et la philosophie des psychiatres désaliénistes.

Mais, première brèche opérée dans un régime des plus contraignants, elle va, par définition, en tirer un caractère paradoxal : cette mesure peut paraître incompatible avec le régime de l'hospitalisation sous contrainte, à tout le moins de l'hospitalisation sur demande d'un tiers, dans la mesure où elle exige une capacité, de la part du patient, de sortir sans surveillance et où elle instaure, par nature, une disparition de la constance de la surveillance sur le malade. Or, précisément, l'hospitalisation sur demande d'un tiers doit être motivée, cumulativement, par l'existence de troubles rendant le consentement du sujet impossible et un « [...] *état impos[ant] des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* »⁶⁰⁶. Dès lors que l'une des deux conditions n'est plus remplie, l'hospitalisation devrait cesser automatiquement. L'articulation entre les deux mesures thérapeutiques, dans la pratique parfaitement compréhensible et acceptable, s'avère problématique pour le juriste rigoriste. Preuve, peut-être, qu'à trop avoir voulu protéger les patients contre les internements abusifs, la loi a posé des règles rigides en omettant d'y glisser quelques charnières, vecteurs, le cas échéant, de souplesse⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ CE, 13/7/1967, « Département de la Moselle », Rec. Lebon, 1967, p. 341 : « Considérant que [...] bénéficiant d'une sortie d'essai délivrée par le médecin-chef de l'hôpital psychiatrique, le Sieur Arnette conservait juridiquement la qualité de malade interné dans cet établissement [...] ».

⁶⁰² La sortie d'essai n'est d'ailleurs possible que dans un cadre d'hospitalisation -autrefois placement- sous contrainte. Comme le fait remarquer Assia BOUMAZA, cela signifie que le préfet doit continuer à renouveler dans les délais légaux ses arrêtés de placement puis d'hospitalisation d'office, dans les mêmes conditions que si le patient était maintenu en unité fermée. (cf. A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 167).

⁶⁰³ Les psychiatres pratiquaient également la « sortie de courte durée », pouvant aller « [...] *de quelques heures à quelques jours* » comme la définit Franck MODERNE (cf. note sous l'arrêt du 18/3/1964, « *SEMPE c/ Préfet des Basses-Pyrénées* », op. cit., 1965, p. 317). Ces sorties ne peuvent donc être comprises dans les sorties d'essai telles que définies par la circulaire et ne sont donc pas soumises au régime que cette dernière instaure.

⁶⁰⁴ Cf. V. BRU, « Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales », op. cit., 1981, p. 170

⁶⁰⁵ La circulaire l'indique elle-même clairement : « [...] en laissant peser sur le malade qui en bénéficie une menace de réintégration immédiate et sans formalités, elle l'oblige à faire de son côté l'effort indispensable pour que sa sortie définitive puisse être prononcée dans les meilleures conditions. ».

⁶⁰⁶ Article L. 3212-1 du Code de la santé publique

⁶⁰⁷ On retrouve le débat également pour l'hospitalisation d'office, qui justifie l'internement sur le fait que l'individu « *compromet l'ordre public ou la sûreté des personnes* » (article L. 3213-1 du Code de la santé publique). La personne ne pourra ressortir de l'hôpital, *a priori*, qu'à partir du moment où elle ne sera plus source de troubles à l'ordre public ou de danger, moment également où la raison de l'hospitalisation devrait alors tomber. Cependant, l'objection paraît moins probante pour cette seconde modalité d'hospitalisation sous contrainte car on peut imaginer des degrés de gravité dans la compromission de l'ordre public : les plus légers autorisent juridiquement

Cette mesure est toujours décidée par le médecin-chef du service hospitalier, mais le bulletin doit être visé par le directeur de l'établissement et « *immédiatement transmis* » au préfet dans les cas de placement volontaire. Si la mesure a un caractère thérapeutique et ne peut être évaluée que par un homme de l'art, si l'état du malade en lui-même ne peut être évalué que par un spécialiste, c'est l'établissement de soins autant que le service qui engage sa responsabilité en cas d'incident et c'est la sécurité de la société qui peut éventuellement être mise en cause. Chacun des représentants chargés de ces sujets doivent donc être avertis de la décision de sortie d'essai, à commencer par le directeur de l'hôpital. Dans le cadre du placement d'office, il faudra même attendre l'autorisation du préfet, donnée sur proposition motivée du médecin-chef, pour délivrer le bulletin de sortie ; dans ce second cas, le paramètre sécuritaire étant directement impliqué dans la décision de placement, il s'agit donc d'être d'autant plus attentif au rétablissement du malade et au risque pris. Bien entendu, en cas de réintégration du malade à l'hôpital, le préfet sera immédiatement averti de cette contre-mesure, quel que soit le mode de placement.

C'est la loi du 27 juin 1990 qui est enfin venue exaucer les demandes réitérées depuis près de quarante ans d'une légalisation de la pratique : l'article L. 350 devenu L. 3211-11 du Code de la santé publique reconnaît aux personnes placées en hospitalisation sous contrainte la possibilité de « [...] *bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sortie d'essai, éventuellement au sein d'équipement et services ne comportant pas d'hospitalisation à temps complet* [...] ». Ce dernier membre de phrase a cependant ouvert un débat qui prend une résonance plus forte au fil des plans de santé mentale et autres rapports étudiant l'exercice de la psychiatrie aujourd'hui et son avenir proche⁶⁰⁸ : certains médecins se sont émus de ce que cette rédaction instaure implicitement une possibilité de « *traitement ambulatoire obligatoire* »⁶⁰⁹ auquel ils s'opposaient⁶¹⁰. On peut pourtant se demander si la pratique ne découlait pas déjà par définition de l'usage de la sortie d'essai : expérience pour le malade et son médecin d'une reprise de contact entre le patient et la société, elle était et reste souvent utilisée par les psychiatres comme un moyen de redonner un maximum de liberté à des patients qu'ils savent incapables, malgré tout, de se discipliner quant à leur traitement. Le maintien sous le régime de sortie d'essai permet alors de créer une « épée de Damoclès » au-dessus de la tête du patient, qui respecte ainsi son engagement quant à son traitement.

C'est cette utilisation de la sortie d'essai qui explique aussi un détournement de son usage : certains malades restent plusieurs années sous ce régime. Elle devient, dans ce cas, une forme de *modus vivendi* et le seul cadre possible pour certains patients de vivre en société : ils ont besoin de cette menace de réintégration immédiate de l'hôpital en cas de non-respect de leur contrat de soin pour respecter ce dernier. Conséquemment à ces considérations, des médecins tels que Georges VIDON souhaitent, au contraire, une légalisation explicite d'une mesure de « *soins obligatoires en ambulatoire* »⁶¹¹. Dans d'autres cas, le maintien de cette mesure permet de réagir très rapidement lors de « coups de folie » de patients que le médecin sait non

le maintien en hospitalisation d'office tout en permettant la sortie à l'essai du malade, du fait de sa relative stabilisation.

⁶⁰⁸ On fait référence ici au débat concernant la création d'une modalité de soins obligatoires différenciés de l'hospitalisation. Ils pourraient dès lors être suivis en ambulatoire. Le rapport de 1997 du Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990, animé par Hélène STROHL, le rapport de mission PIEL-ROELANDT de 2001, le rapport CLERY-MELIN, KOVESS et PASCAL de 2003 et enfin, celui rendu en 2005 par l'IGAS et l'IGSJ sur une proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 proposent tous, sous diverses formes, une évolution de l'hospitalisation sous contrainte vers une obligation de soin différenciant l'hospitalisation de la mesure de traitement sous contrainte.

⁶⁰⁹ Expression reprise dans G. MASSE et M. ZWINGENBERGER « Les sorties d'essai », *op. cit.*, 2006, p. 484

⁶¹⁰ Le Syndicat des Psychiatres des Hôpitaux a ainsi finalement rejeté ce complément apporté dans la mise en oeuvre des sorties d'essai, dont il approuve par ailleurs la légalisation. (cf. J. AYME, « Une loi pourquoi faire ? », *Synapse* 1990, n°61, p.50).

⁶¹¹ G. VIDON, *Pour des soins obligatoires en ambulatoire*, Nervure, 1995, cité par G. MASSE et M. ZWINGENBERGER « Les sorties d'essai », *op.cit.*, 2006, p. 485

dangereux mais sujet à des décompensations ponctuelles⁶¹². La sortie d'essai est ainsi, au fil de la pratique, devenue un procédé thérapeutique servant bien plus d'objectifs que ceux auxquels son statut originel de mesure temporaire l'appelait et permet ainsi une meilleure adéquation des soins à l'individu : en utilisant cette variété de modalités d'exécution, le psychiatre peut rendre leur liberté d'aller et de venir à des patients qui sans cela resteraient enfermés, parfois de manière définitive.

Le régime d'octroi de ces sorties d'essai n'est complété que sur un point par la loi de 1990 : l'article L. 3211-11 demande à ce que, dans le cadre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, le tiers demandeur soit informé de la mesure de sortie d'essai en même temps que le préfet.

Le projet de loi du 5 mai 2010 veut mettre fin à ce débat en instaurant un système de « soins sans consentement » en remplacement de l'actuelle hospitalisation sous contrainte. Il ne s'agit pas de renoncer à la modalité de l'hospitalisation, parfois utile, mais de ne pas la poser comme unique solution de traitement des personnes atteintes de troubles mentaux et nécessitant des soins malgré elle... il s'agit de faire droit aux aspirations de Georges VIDON et des personnes, soignants ou proches de malades, partageant son avis. Il s'agit enfin de mettre le droit en accord avec la pratique et de légaliser cette pratique dévoyée des sorties d'essai. Le gouvernement garde néanmoins sa ligne sécuritaire, en durcissant les conditions d'accès à un régime plus libéral pour quatre types de patients : c'est-à-dire que pour tous les patients placés en soins sous contrainte par le biais d'une « HO judiciaire », ou bien pour des personnes ayant effectué un séjour en UMD, ou encore pour des personnes placées en soins sous contrainte dans un cadre classique (ex-HO ou ex-HDT) mais qui dans le passé ont déjà été soignées sous contrainte pour une « HO judiciaire » ou enfin pour celles qui, sur une durée qui restera à définir par décret en Conseil d'État, ont effectué un passage en UMD au cours d'un traitement sous contrainte précédent, un collège de soignants créé par ce même projet de loi devra en effet être consulté sur la proposition du psychiatre traitant par le préfet avant que ce dernier ne prenne sa décision⁶¹³.

Par ailleurs, plusieurs autres formes de sorties peuvent être octroyées aux malades, parfois abusivement englobées dans le vocable de « sortie d'essai ». La circulaire de 1957 les différencie cependant explicitement pour les écarter du régime qu'elle instaure. Leur régime, et souvent leur raison d'être, est différent. Il peut s'agir, premièrement, de permissions de sorties pour une journée visant davantage à permettre au malade d'assister à un événement familial, sans perspective thérapeutique : la sortie n'est en rien une expérience avant une sortie définitive envisagée.

En deuxième lieu, dans la continuité du concept asilaire du XIX^e siècle, on organisait encore, dans les années 1950-1960, des sorties-promenades communautaires visant surtout à divertir les malades, sans projeter de sorties définitives à la fin. Certes, l'attitude observée chez les malades pouvait amener les médecins à réfléchir à une éventuelle sortie, mais ce n'était vraisemblablement pas l'objectif principal recherché, les malades pouvant être des « chroniques » condamnés par avance à terminer leur vie à l'asile.

Il peut s'agir également, en troisième lieu, de sorties en petits groupes ou individuelles mais encadrées par des soignants. Dans un cas comme dans l'autre, le malade ne retrouve pas sa liberté immédiate complète ; surtout, il n'est pas réellement immergé dans la cité et confronté à toutes ses difficultés. Certes, l'objectif de ces sorties peut être thérapeutique, permettant aux patients de réapprendre à s'autonomiser dans la vie quotidienne, mais le patient reste dans un cadre très protégé grâce à la présence des infirmiers.

En quatrième lieu, une autre forme de sortie accompagnée de personnel soignant, « de

⁶¹² Exemple nous a été soumis, par exemple, d'une personne inondant de temps à autre son appartement. L'hospitalisation est alors elle-même très courte - quelques jours -, le temps à la personne de « retrouver ses esprits ». (Entretien avec Monsieur W. MARTINEAU, juillet 2008)

⁶¹³ Projet de loi n°2494 du 5 mai 2010 « relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », [en ligne], site de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/p12494.asp>, (consulté le 10/7/2010), p. 31, article 3, point 25

courte durée n'excédant pas douze heures », est instaurée par la loi de 4 mars 2002⁶¹⁴. Il faut noter qu'elle devient la seule sortie « accompagnée » légalement reconnue. Elle peut avoir un but thérapeutique, mais permet surtout au malade de pouvoir sortir pour aller remplir des obligations d'ordre administratif – « *des démarches extérieures nécessaires* » dit la loi – alors même que son état pathologique ne lui permet pas un assouplissement, même relatif, de la surveillance à porter à son égard. Cette forme d'absence autorisée est suffisamment différente des autres types de sorties pour appeler un régime d'octroi un peu différent : cette fois, c'est le directeur de l'établissement d'accueil qui les accorde sur avis du psychiatre et non le psychiatre traitant lui-même⁶¹⁵. Pour les HO, le préfet en est informé, une demande d'autorisation lui étant transmise 48 heures avant la date prévue pour cette échappée temporaire, à charge pour lui de se manifester dans ce délai s'il s'oppose à cette sortie. Sans réponse de sa part, le droit en conclut à une acceptation tacite⁶¹⁶.

Le fait est qu'avant 1990⁶¹⁷, toutes ces sorties, étant de trop courte durée, ne tombaient pas sous la réglementation posée par la circulaire de 1957. La loi de 1990 est donc venue, pour sa part, légaliser à la fois les sorties d'essai classiques, tenues sous le régime de la circulaire de 1957 et ces sorties plus courtes en reniant le plancher de durée instauré par la circulaire : désormais l'article L. 3211-11 ne pose plus que la durée maximum – et renouvelable – de trois mois.

Pour réhabiliter tout de même les propos de Vincent BRU rapportés précédemment, il est vrai que toutes ces sorties de courte durée paraissent bien mieux correspondre à la réglementation telle que rédigée dans les articles 170 du règlement de 1857 puis 193 du règlement de 1938 que les « vraies » sorties d'essai décrites précédemment. En effet, on peut certes considérer que ces articles donnent un appui à la possibilité de mise en place de la sortie d'essai, puisqu'ils ouvrent la brèche en acceptant la sortie de l'asile et qu'ils sont, chacun dans leur règlement, les seuls à évoquer une possible « percée » autorisée du malade hors de l'asile. Mais l'ébauche de procédure concernant ces sorties accompagnées que propose notamment l'article 193 – en cela un peu plus avancé que son prédécesseur, l'article 170 – demeure très légère, l'article issu du règlement de 1938 établissant simplement, on se le rappelle⁶¹⁸, en complément par rapport à son ancêtre de 1857, une procédure écrite de demande et d'autorisation de sortie. Cet encadrement juridique a néanmoins peu à voir avec ce qui serait pourtant attendu pour une « vraie » sortie d'essai : un tel procédé thérapeutique appelle forcément une procédure lourde et nettement définie vu l'impact de la mesure sur la responsabilité de l'établissement. On peut, dès lors, effectivement s'interroger, sur la volonté des administrateurs ayant rédigé le règlement-modèle de 1857, de mettre en place les sorties d'essai, voire même sur leur connaissance du procédé. On ne peut, dans tous les cas, qu'adhérer au propos de Franck MODERNE, qui qualifie de « *libérale* » l'« *interprétation [...] de ces dispositions* » dans la mesure où elle a permis aux psychiatres « *d'accorder, [avant 1957], des sorties pouvant aller jusqu'à trois mois ou davantage* »⁶¹⁹ ; une remarque qui certifie bien, du même coup, la réalité de l'existence de ces sorties d'essai appuyée sur cet article. On peut s'interroger de manière encore plus prégnante sur l'absence de modification sur cette question de cet article 170 lors de sa reprise dans l'article 193 du règlement de 1938, alors qu'un décret du 30 décembre 1936 concernant la Nouvelle-Calédonie, avait pour sa part créé une « *possibilité de sortie provisoire « à titre de congé d'essai »* » d'une durée d'un mois, avec possibilité de réintégration du malade si les consultations de suivi de soins hebdomadaires n'étaient pas observées⁶²⁰. Ces remarques ne font que mettre en évidence plus intensément le changement de

⁶¹⁴ Nouvel article L. 3211-11-1 du Code de la santé publique

⁶¹⁵ Cf. J.-P. TACHON, « Réponse de Jean-Paul TACHON », psychiatre et médecin-chef à l'établissement public de santé de Ville-Evrard, à l'article de Michel DECKER « article 19 de la loi du 4 mars 2002 : les contraintes paradoxales », *L'information psychiatrique*, vol. 79, n° 6, juin 2003

⁶¹⁶ Alinéa 3 de l'article L. 3211-1-1 CSP

⁶¹⁷ Excepté, bien entendu, « l'absence de courte durée accompagnée » organisée postérieurement, par la loi de 2002.

⁶¹⁸ Cf. note 593, p. 181

⁶¹⁹ Franck MODERNE, note sous l'arrêt TA Pau, 18/3/1964, « *SEMPE c/ Préfet des Basses-Pyrénées* », *op. cit.*, 1965, p. 317

⁶²⁰ Décret n° 3814 du 30 décembre 1936 « relatif à l'assistance psychiatrique en Nouvelle-Calédonie »

paradigme connu par l'institution asilaire après la guerre : même si la démarche s'inscrit dans un processus ayant débuté largement avant cette révolution psychiatrique, il est indéniable que l'administration refusait de le reconnaître et que cette reconnaissance, quoique encore bien officieuse, n'a pu se faire qu'une fois le combat désaliéniste amplement engagé.

Notons qu'avec la transformation de paradigme sur les soins sans consentement que propose le projet de loi du 5 mai 2010, ces sorties de courte durée sont les seules qui sont maintenues en vigueur : les sorties d'essai classiques, de plus longue durée, sont supprimées, n'ayant plus d'utilité dans le nouveau schéma juridique proposé⁶²¹. Mais, dans une optique de sécurisation de ces sorties accompagnées à l'égard des tiers, la rédaction du projet impose une autorisation expresse du préfet pour les personnes en « HO judiciaire » et celles ayant séjourné en UMD. C'est un renversement partiel de l'état du droit qui s'opère ainsi, le silence signifiant dans ces cas refus et non plus acceptation⁶²². Il aurait été intéressant de proposer en pendant, pour équilibrer cette nouvelle contrainte envers certaines catégories de malades, une obligation de réponse de la part du préfet dans les 48 heures et qui engagerait sa responsabilité, afin que cette restriction de liberté ne soit jamais gérée par la négligence des services préfectoraux, laissant passer le délai de réponse.

§ 2. Les possibilités de sortie dans le cadre pénitentiaire

Du côté de l'institution pénitentiaire, le détenu peut bénéficier de deux mesures organisant réellement la sortie dotée d'une vraie autonomie et d'un contrôle très allégé du détenu : la permission de sortir (a) et la libération conditionnelle (b). Leur comparaison avec les mesures existant au sein de l'institution psychiatrique, dans le cadre de la sortie, souligne la similitude du mode d'approche de l'individu enfermé par les institutions contenantes lorsqu'il s'agit, précisément, de desserrer l'étau. La sécurité doit alors jouer partie commune, sinon avec la volonté de réinsertion, au moins avec la déstigmatisation de la personne lorsqu'elle est immergée dans la société.

◇ a) *La permission de sortir*

Comme en psychiatrie, la permission de sortir, mode libéral et assoupli de l'extraction, est la pierre angulaire du lien entre le détenu emprisonné et la société. Dans son principe, cette mesure « [...] autorise un condamné à s'absenter d'un établissement pénitentiaire pendant une période de temps déterminée qui s'impute sur la durée de la peine en cours d'exécution » comme l'énonce l'article 723-3 du Code de procédure pénale en son premier alinéa. Elle ne s'adresse donc qu'aux condamnés, et plus précisément, les articles D. 144, D. 145 et D. 146 du Code de procédure pénale vont adapter les conditions d'octroi sur le motif de la permission de sortir. Ainsi, dans le cas des circonstances familiales, le public bénéficiaire va être plus large que dans les autres possibilités⁶²³.

Ces permissions de sortir peuvent être octroyées pour trois types de motifs : des circonstances familiales graves, notamment la maladie grave ou le décès d'un proche⁶²⁴, le maintien des liens familiaux ou la réinsertion sociale⁶²⁵. Dans tous les cas, elles sont de trois jours, exception faite pour les condamnés issus des centres de détention pour lesquels elles

⁶²¹ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., « Exposé des motifs », pp. 7-8

⁶²² Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., « Exposé des motifs », p. 8 et article 1er, point 54, p. 21

⁶²³ L'article D. 144 permet d'accorder une permission de sortir pour circonstances familiales graves aux condamnés à une peine inférieure ou égale à cinq ans et à ceux condamnés à une peine supérieure à cette durée mais ayant effectué la moitié de leur peine. L'article D. 145 CPP, pour sa part, réserve la permission de sortir pour maintien de liens familiaux ou réinsertion sociale aux condamnés ayant effectué la moitié de leur peine et à qui il reste moins de trois ans à accomplir, à ceux exécutant une ou plusieurs courtes peines, leur durée cumulée n'excédant pas un an ou encore à ceux pour lesquels le juge d'application des peines a décidé la subordination de l'octroi de la libération conditionnelle à l'accomplissement de plusieurs permissions de sortir. L'article D. 146 CPP y rajoute les condamnés effectuant leur peine dans un centre de détention, dès lors qu'ils ont accompli le tiers de leur peine.

⁶²⁴ Article D. 144 en lien avec l'article D. 425 CPP

⁶²⁵ Article D. 145 CPP

peuvent être allongées à cinq jours et, une fois par an, à dix jours⁶²⁶. S'y rajoutent les durées de transports, calculées en fonction du lieu de villégiature désigné dans la décision d'octroi par rapport à l'établissement pénitentiaire ainsi que des moyens de transport utilisés⁶²⁷. Elles peuvent en outre être assorties d'interdictions ou d'obligations similaires à celles existant dans le cadre du régime de semi-liberté^{628 629}. Aucune indication de fréquence d'octroi de ces permissions n'est précisée par le Code de procédure pénale, hormis celle indiquée pour la permission de dix jours. Le *Guide du Prisonnier* indique cependant qu'une coutume semble s'être installée, permettant une réitération trimestrielle des permissions de sortir, hors régimes spéciaux comme celui de la semi-liberté⁶³⁰.

Une dernière modalité de permission de sortir, de courte durée puisque n'excédant pas une journée, peut être octroyée aux condamnés à une peine inférieure à cinq ans ou à ceux à une durée supérieure mais ayant effectué la moitié de cette dernière. Purement à but de réinsertion sociale, elles permettent au détenu de se présenter auprès d'un éventuel employeur, d'assister aux épreuves d'un examen ou encore d'accomplir des formalités administratives voire permettre la pratique d'activités culturelles ou sportives, autant d'activités qui nécessitent la présence de la personne elle-même⁶³¹.

Les condamnés non autorisés à bénéficier de ces permissions ou les prévenus pourront éventuellement bénéficier « [...] à titre *exceptionnel* [...] » d'une permission de sortir sous escorte⁶³².

Dans tous les cas, ces permissions sont décidées par le juge d'application des peines, elles ont donc le statut de décisions judiciaires indépendantes, à première vue, de la volonté de l'administration pénitentiaire, une dissociation des pouvoirs de décision inconnue dans l'institution psychiatrique. En réalité, le juge, qui décide en fonction de l'opportunité de la mesure pour un détenu individualisé – l'octroi de ce type de mesure n'ayant aucun caractère automatique –, ne peut prendre sa décision sans s'intéresser auparavant à l'attitude du détenu durant son incarcération. Le Code de procédure pénale en prend acte : il impose l'avis de la commission d'application des peines pour ces décisions hormis cas d'urgence. Or siège notamment dans cette commission, et en tant que membre de droit, le chef d'établissement pénitentiaire⁶³³. L'administration pénitentiaire aura donc, dans la réalité, un poids quant au sens de la décision, important si l'on en croit la dénonciation de Martine HERZOG-EVANS des pressions opérées par l'administration pénitentiaire sur le juge d'application des peines à ce sujet⁶³⁴.

◇ b) *La libération conditionnelle*

Quant à la libération conditionnelle, elle est par définition la mesure d'aménagement de peine transitoire, la dernière épreuve avant la sortie définitive, la dernière étape dans le système théorique du régime progressif. Elle a été créée dans cette seule fonction, n'étant applicable qu'en fin de peine. Dans la réalité, elle ne représente qu'une des possibilités d'aménagement de fin de peine visant à réhabituer progressivement le condamné à la vie sociale, concurrencée dans

⁶²⁶ Alinéa 2 de l'article D. 146 CPP

⁶²⁷ Article D. 142 CPP

⁶²⁸ Et énumérées à l'article 132-45 notamment.

⁶²⁹ Article 723-4 CPP

⁶³⁰ OIP, *Le guide du prisonnier*, *op. cit.*, 2004, p. 450

⁶³¹ Article D. 143 CPP

⁶³² Articles 723-6 CPP (pour les condamnés) et 148-5 CPP (pour les prévenus)

⁶³³ Article 712-5 CPP

⁶³⁴ Madame HERZOG-EVANS explique en effet que l'administration pénitentiaire a besoin de ces mesures d'allègement temporaire de la détention, une « soupape de sécurité » pour que les établissements pénitentiaires ne soient pas le théâtre de soulèvements. La perspective d'une sortie dans le monde extérieur apaise les esprits et fait peser une épée de Damoclès au-dessus des détenus qui souhaiteraient en bénéficier et qui se doivent, dès lors, d'observer une conduite irréprochable. Un juge d'application des peines tel que M. MICAUX estimait même, dès la fin des années 1970, que « *le système n'est viable que si un certain volume de permissions de sortir est maintenu.* » (M. MICAUX, « Le problème des permissions de sortir », *RPDP*, oct-déc. 1978, n°4, p. 460). C'est à cette exigence sécuritaire que doit également veiller le directeur de prison.

sa tâche, on l'a vu, par des mesures d'aménagement plus classiques, pouvant être appliquées également en cours de peine, telles que la semi-liberté ou le placement à l'extérieur. Mesure instaurée en France par la loi du 14 août 1885, elle n'a été précisément réglementée que par un décret du 1er avril 1952. D'après Bernard BOULOC, avant ce décret, l'octroi de la libération conditionnelle n'était « [...] *qu'une récompense de bonne conduite* [...] »⁶³⁵ et réservée « [...] aux seuls « *détenus méritants* » [...] » d'après Martine HERZOG-EVANS⁶³⁶, sans contrôle sérieux du comportement du libéré pendant la durée de la mesure. Le texte de 1952 a permis de faire véritablement basculer la mesure dans la catégorie des « *traitement[s]* »⁶³⁷ applicables y compris aux très longues peines grâce à l'instauration des comités d'assistance aux libérés⁶³⁸. Ces derniers ont en effet pu assumer un vrai suivi des individus et, d'après le rapport de l'administration pénitentiaire de 1969 confirmé par la pratique actuelle, il semble que la libération conditionnelle reste bien sûr une mesure de faveur qui conserve un caractère de récompense⁶³⁹, mais qui prend également une véritable dimension d'aide au reclassement du condamné et de lutte contre la récidive, le prétexte de sa création en 1885⁶⁴⁰. De fait, alors qu'on peut considérer son utilisation comme parcimonieuse, cette mesure donne de bons résultats, les statistiques s'accordant généralement sur le fait que les condamnés ayant terminé leur peine sous forme de libération conditionnelle récidivent deux fois moins souvent que les autres dans les dix années consécutives à leur libération⁶⁴¹.

Mesure dont l'octroi a longtemps été laissée à la seule appréciation discrétionnaire du ministre, elle a été complètement judiciarisée, faisant perdre tout pouvoir de décision à l'administration, en 2000. La loi du 15 juin 2000⁶⁴² a en effet remplacé le ministre par une juridiction régionale de l'application des peines, juridiction elle-même remplacée, depuis la loi du 9 mars 2004, par le tribunal de l'application des peines⁶⁴³. Un processus de judiciarisation déjà partiellement engagé avec la loi de réforme du 29 décembre 1972 qui avait introduit la possibilité, pour le juge d'application des peines de l'accorder dès lors que la peine exécutée n'excédait pas trois ans de prison, limite élevée à cinq ans en 1993. A l'heure actuelle, la répartition des compétences entre juge d'application des peines et tribunal se fait en fonction d'un seuil de durée de la peine fixé à dix ans⁶⁴⁴. Dans tous les cas, la décision d'octroi reste à l'appréciation de la juridiction et n'a donc aucun caractère automatique. Elle est prise à l'issue d'un débat contradictoire⁶⁴⁵, après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté rendu suite à « *évaluation pluridisciplinaire de dangerosité* » assortie d'une expertise médicale pour les réclusionnaires à perpétuité, expertise doublée si l'intéressé a été condamné pour une

⁶³⁵ B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 303, corroboré par M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1998, p. 377

⁶³⁶ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 377 et p. 379

⁶³⁷ Expression reprise à Bernard BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 303

⁶³⁸ Aujourd'hui les SPIP.

⁶³⁹ Cf. M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 376

⁶⁴⁰ Rapport de l'Administration Pénitentiaire, 1969, p. 133 cité par B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 293

⁶⁴¹ *Rapports de l'Administration Pénitentiaire*, 1969, pp. 147 à 161 et 1970, pp. 157, 178 et 190, cités par B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 303

⁶⁴² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes »

⁶⁴³ Article 730 CPP renvoyant notamment à l'article 712-7 CPP

⁶⁴⁴ Même article 730 CPP. Le juge d'application des peines retrouve cependant compétence dès lors que la durée de détention restant à effectuer est inférieure à trois ans, quelle que soit la durée de la peine prononcée à l'origine. En outre, la loi du 24 novembre 2009 introduit une procédure simplifiée pour les personnes condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à deux ans ou condamnées à une ou des peines d'emprisonnement dont le cumul est inférieur ou égal à cinq ans et dont le reliquat de peine est inférieur ou égal à deux ans, mettant la décision, dans les faits, entre les mains du SPIP et du procureur, le juge d'application des peines n'étant plus qu'autorité d'homologation et dont le silence ne joue pas comme oppositions mais au contraire, comme voie ouverte au SPIP pour mettre à exécution la décision proposée, sous contrôle du Parquet. Il devient le juge de l'incident et non plus l'autorité de droit commun sur cette décision. On assiste donc ici à une déjuridictionnalisation larvée de cette procédure concernant certaines catégories de condamnés (art. 723-19 et 723-20 CPP).

⁶⁴⁵ Article 712-6 CPP

infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru⁶⁴⁶. La décision est susceptible d'appel devant la chambre de l'application des peines de la Cour d'Appel⁶⁴⁷ ; par contre, si la demande de libération conditionnelle est rejetée, la juridiction compétente peut éventuellement fixer un délai, ne pouvant « [...] excéder ni le tiers du temps de détention restant à subir ni trois années [...] », durant lequel le condamné ne pourra pas déposer de nouvelle demande⁶⁴⁸.

Quelques conditions de fond permettent donc d'orienter, sans plus d'impératifs, la décision éventuelle de la juridiction. Ainsi, prévue, originellement, seulement pour les peines soit d'emprisonnement correctionnel, soit de réclusion de cinq à dix ans, elle a été étendue, aujourd'hui, même aux plus longues peines. Si la durée de la peine importe donc peu, celle de son exécution est plus importante. Le condamné ne peut en effet utilement demander une libération conditionnelle que la moitié de sa peine accomplie s'il est non-récidiviste, les deux tiers effectués s'il est récidiviste⁶⁴⁹. Cependant, depuis la loi du 15 juin 2000, les condamnés à une peine ou ayant un reliquat de peine n'excédant pas quatre ans peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle sans avoir à respecter de conditions portant sur la durée d'exécution de leur peine, dès lors qu'ils exercent l'autorité parentale sur un mineur de dix ans résidant habituellement chez eux⁶⁵⁰. Le caractère social de la mesure apparaît ici avec acuité.

Les condamnés à la réclusion criminelle à perpétuité ne pouvaient bénéficier de la libération conditionnelle qu'au bout de quinze ans d'exécution de peine, une durée élevée à dix-huit ans par la loi du 12 décembre 2005⁶⁵¹. Le principe est encore durci par la loi du 10 mars 2010⁶⁵², non plus sur les durées d'exécution de peine nécessaires mais en instaurant une évaluation semblable à celle existant pour les personnes pour lesquelles on songe à la rétention de sûreté – soit un avis de la « commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté » et une à deux expertises médicales, selon que l'infraction pour laquelle la personne a été condamnée fait encourir un suivi socio-judiciaire ou pas⁶⁵³. Quant aux individus dont la peine est assortie d'une période de sûreté, ils ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une libération conditionnelle durant ce laps de temps et lorsque cette période est d'une durée supérieure à quinze ans, le candidat à la libération doit nécessairement, au terme de cette durée, être soumis à une épreuve de un à trois ans de placement en semi-liberté ou sous PSE^{654 655}. La loi du 24 novembre 2009 introduit néanmoins un assouplissement de la situation, mais réservé aux personnes âgées de plus de soixante-dix ans : ces dernières pourront s'affranchir de tous ces jeux de durée, le prononcé d'une libération conditionnelle en leur faveur ne sera plus conditionné par l'exécution du temps d'épreuve minimal requis dans le cadre général. Ceci dit, ainsi que le fait remarquer Martine HERZOG-EVANS⁶⁵⁶, cette décision reste soumise à un certain nombre de conditions relativement strictes : « *l'insertion ou la réinsertion [...]* » de la personne doit être assurée, ce qui peut prendre la forme, notamment, pour ce type de population, « [...] *d'une prise en charge adaptée à sa situation à sa sortie [...]* » ou imposer qu'elle « [...] *justifie d'un hébergement* ». En outre, toute existence « [...] *d'un risque grave de renouvellement de l'infraction* » est

⁶⁴⁶ Alinéa 6 de l'article 729 CPP. Ces mesures sont issues de la récente loi du 10 mars 2010, qualifiée de « Récidive III » par Martine HERZOG-EVANS (Cf. M. HERZOG-EVANS, « La loi « Récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *Recueil Dalloz* 2010, n° 23, p. 1428)

⁶⁴⁷ Article 712-13 CPP

⁶⁴⁸ Alinéa 3 de l'article 712-13 CPP

⁶⁴⁹ Alinéa 2 de l'article 729 CPP

⁶⁵⁰ L'application de cette mesure est bien entendu exclue pour toute infraction sur mineur.

⁶⁵¹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005. Alinéa 4 de l'article 729 CPP. Cette durée est augmentée à 22 ans pour les récidivistes.

⁶⁵² Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale ».

⁶⁵³ Al. 5 de l'article 729 CPP. Le décret d'application de cette loi n°2010-1277 du 27 octobre 2010, d'application immédiate, donne les précisions pratiques sur ce point (article 5 du décret, créant deux articles D.527-1 et D. 527-2 en lieu et place de l'ancien article D. 527-1 CPP) .

⁶⁵⁴ Article 720-5 CPP. La modalité du PSE a été rajoutée par la loi du 24 novembre 2009 (article 80).

⁶⁵⁵ Notons l'exception posée à cette règle au cas où la durée restant à subir par le condamné est elle-même inférieure à trois ans.

⁶⁵⁶ Cf. son article « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *op. cit.*, 2009, p. 489

rédhibitoire à cet octroi, de même que « [...] *si cette libération est susceptible de causer un trouble grave à l'ordre public* »⁶⁵⁷. Alors que pour les autres conditions, on restait sur des impératifs moins stricts que pour la libération conditionnelle commune, cette dernière mesure peut laisser songeur et peut paraître particulièrement draconienne, mais de manière non affichée : si l'on adopte la lecture qu'en fait Madame HERZOG-EVANS, elle renvoie à la réaction du public par rapport au prononcé de cette mesure : la société prise dans la subjectivité des citoyens la composant est-elle prête à accepter qu'un détenu sorte avant la fin de sa peine ou cela l'émeut-il au point qu'il vaille mieux, pour la sécurité publique, qu'il reste enfermé ? Le professeur HERZOG-EVANS fait référence, sur ce point, aux réactions suscitées par la sortie de Maurice PAPON pour suspension de peine médicale.

Dans des cas plus spécifiques – pour les crimes les plus graves, sanctionnés par les peines les plus lourdes –, les conditions d'octroi se compliquent, une expertise psychiatrique devenant, notamment, obligatoire⁶⁵⁸ et des expériences probatoires, telle la soumission à un régime de semi-liberté, pouvant être exigées⁶⁵⁹. Dernière condition de fond, le condamné candidat à la libération conditionnelle doit « [...] *manifeste[r] des efforts sérieux de réadaptation sociale*. »⁶⁶⁰. Sont pris en compte principalement, d'après l'article D. 523 CPP tel que modifié par le décret du 13 décembre 2000, « [...] *[s]es efforts de réadaptation sociale [...] en fonction de sa situation personnelle, familiale ou sociale* ». Des enquêtes sociales complémentaires peuvent être effectuées et l'avis du procureur demandé⁶⁶¹. L'article 729 CPP est plus détaillé, demandant que les condamnés candidats justifient de l'exercice d'une activité professionnelle ou équivalent ou de leur assiduité à un enseignement ou une formation professionnelle, « [...] *de leur participation essentielle à la vie de leur famille* », de leur nécessité de suivre un traitement médical, de leurs efforts pour indemniser leurs victimes ou encore, depuis la loi de 2009 élargissant un peu plus l'éventail des candidatures à libération conditionnelle, « [...] *de leur implication dans tout autre projet sérieux d'insertion ou de réinsertion* »⁶⁶².

La libération conditionnelle introduit aujourd'hui l'idée de mise à l'épreuve du condamné en même temps que de réinsertion progressive, secondé comme il peut l'être par des mesures d'assistance, le cas échéant. On est donc face à une sortie à l'extérieur extrêmement contrôlée, un « test » de la capacité du détenu à recouvrer la liberté que Bernard BOULOC compare au sursis avec mise à l'épreuve⁶⁶³. A court terme, toute incartade⁶⁶⁴ pourra entraîner la révocation de la mesure de libération conditionnelle⁶⁶⁵. En outre, la personne pouvant être placée sous contrôle, il sera plus aisé de la retrouver en cas de nouvelle infraction. Ainsi, le juge d'application des peines peut astreindre le condamné à l'une des mesures énumérées à l'article 132-44 du Code pénal, obligeant ce dernier par exemple à résider au lieu indiqué dans l'arrêté de libération, de se présenter à toute convocation du juge d'application des peines ou du travailleur social référent, de prévenir ce dernier de tout déplacement au moins quinze jours à l'avance, etc. Peuvent s'y rajouter des conditions imposées au libéré conditionnel issues de l'article 132-45 du Code pénal comme l'interdiction de détenir une arme, de fréquenter certaines personnes ou certains lieux etc⁶⁶⁶. Suite au décret du 30 mars 2006⁶⁶⁷, ces mesures sont devenues obligatoires⁶⁶⁸. Le décret n°2010-1277 du 27 octobre 2010 – créant un nouvel article D. 534-2

⁶⁵⁷ Toutes ces citations sont extraites de l'alinéa 6 de l'article 729 CPP inséré par la loi du 24 novembre 2009.

⁶⁵⁸ Article 720-4 CPP

⁶⁵⁹ Article 720-5 CPP

⁶⁶⁰ Alinéa 1er de l'article 729 CPP

⁶⁶¹ Articles D. 523 et D. 526 CPP, renvoyant à l'article 712-16 CPP

⁶⁶² Article 729 CPP tel que modifié par l'article 82 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁶⁶³ B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 297

⁶⁶⁴ Non-respect de l'une des conditions ou obligations fixées par l'arrêté de libération, en cas « *d'inconduite notoire* » ou en cas de nouvelle infraction (article 733 CPP)

⁶⁶⁵ Si l'autorité ayant décidé de la libération conditionnelle le juge bon, car la révocation n'est jamais automatique, même si c'est d'une nouvelle infraction que le libéré conditionnel s'est rendu fautif.

⁶⁶⁶ Article 731 CPP ainsi que Livre V, titre III, chapitre II (articles D. 530 à D. 539 CPP)

⁶⁶⁷ Décret n° 2006-385 du 30 mars 2006

⁶⁶⁸ Article D. 533 CPP

du Code de procédure pénale – introduit la possibilité de suspension à temps, pour raison médicale, de tout ou partie des obligations dont peut être assortie la libération conditionnelle d'un individu, « [...] y compris celles résultant d'un placement sous surveillance électronique mobile [...] ». La suspension, décidée par le juge d'application des peines, est valable pour une durée maximale de trois mois mais peut être renouvelable si l'état de santé de la personne le justifie. Le juge peut assortir la suspension partielle des obligations de leur remplacement par d'autres, plus adaptées à la situation entraînée par l'état de santé déficient de la personne.

La commission FARGE, appelée à réfléchir sur la libération conditionnelle en 1999-2000, avait proposé, dans une de ses alternatives, d'ériger cette mesure en « *mode normal d'exécution de la peine qui peut être mis en oeuvre sous certaines conditions de délais* »⁶⁶⁹. L'idée était que, sans être automatique – la Commission soulignant l'importance de l'engagement personnel du condamné dans la démarche pour sa réussite – cette mesure soit largement banalisée, c'est-à-dire qu'elle soit de droit et que la juridiction ne statue que pour s'opposer à la mesure. La commission remettait en cause dans tous les cas – et proposait de faire disparaître – le critère des gages sérieux de réadaptation sociale, vecteur d'une trop grande facilité de refus et de trop d'aléatoire dans la décision. Cette proposition n'a pas été retenue à l'époque.

Pour les condamnés à temps, la durée de la libération conditionnelle correspond à la durée de la peine non subie en prison, éventuellement étendue d'une durée de probation qui ne peut excéder un an supplémentaire et sous réserve que la totalité du temps passé en libération conditionnelle n'excède pas dix ans⁶⁷⁰. Dans les autres cas, cette durée est fixée par le tribunal d'application des peines, ne pouvant être inférieure à cinq ans ni supérieure à dix ans⁶⁷¹. Néanmoins, avec le mécanisme introduit par la loi du 10 mars 2010, et réservé aux seuls réclusionnaires à perpétuité condamnés pour les crimes socialement particulièrement odieux visés à l'article 706-53-13 CPP et dont la libération conditionnelle aura été agréementée d'une injonction de soins, la possibilité de basculement sur une mesure de surveillance de sûreté avec injonction de soins, voire PSEM, à la fin de la libération conditionnelle permet d'étendre cette durée de probation de deux années supplémentaires⁶⁷². Du point de vue de l'objectif de la réinsertion optimale dans la société, les mesures d'assistance vont pouvoir prendre la forme d'un soutien psychologique et/ou d'une aide matérielle, apportée par le SPIP avec la collaboration des services classiques d'aide sociale de l'Etat, des collectivités territoriales voire des organismes publics ou privés⁶⁷³. De même, des mesures contraignantes telles qu'une injonction de soins lui sont imposées si la personne a été condamnée pour une infraction encourageant un suivi socio-judiciaire, sauf décision contraire du juge d'application des peines, et elle peut être placée, dans ce cas, également sous surveillance électronique mobile⁶⁷⁴.

La dimension de réinsertion sociale optimale recherchée apparaît également à travers les modalités de révocation de la libération conditionnelle en cas de nouvelle infraction. En effet, l'alinéa 2 de l'article 733 CPP permet à la juridiction d'application des peines révoquant la décision de libération conditionnelle de faire subir, malgré tout, seulement une partie de la peine qui restait à effectuer au moment de la mise en libération conditionnelle, cumulativement, le cas échéant, avec la peine provoquée par la nouvelle infraction. Comme le souligne Monsieur BOULOC, c'est un réel assouplissement qui est proposé là par le Code de procédure pénale puisque, alors même qu'il y aura eu nouvelle faute, l'autorité de décision a bien le pouvoir de

⁶⁶⁹ COMMISSION SUR LA LIBERATION CONDITIONNELLE, *La libération conditionnelle : rapport à Madame le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, [en ligne], février 2000, 27e page (point 2.1.2) Disponible via le portail de la Documentation française (consulté le 31/7/2010)

⁶⁷⁰ Alinéa 2 de l'article 732 CPP

⁶⁷¹ Alinéas 1 et 3 de l'article 732 CPP

⁶⁷² Article 732-1 CPP. Au plan procédural, les règles de prolongation de la surveillance judiciaire en surveillance de sûreté s'appliquent, avec compétence exclusive de la juridiction régionale de la rétention de sûreté : nécessité d'une expertise concluant à la persistance de la dangerosité de l'intéressé et de la démonstration que cette mesure semble la seule susceptible de prévenir la commission d'une des infractions visées par l'article 706-53-13, alors que la probabilité de perpétration d'une telle infraction est très élevée, et que, notamment, l'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIIAIS) et les obligations afférentes apparaissent ne pas suffire à prévenir la commission de cette infraction (renvoi à l'article 723-37 CPP)

⁶⁷³ Article D. 532 CPP

⁶⁷⁴ Article 731-1 CPP

fixer une durée d'incarcération qui restera inférieure à celle prononcée à l'origine à l'égard du condamné ; mais un assouplissement « *équitable* » pour reprendre ses termes, surtout lorsque le fait provoquant la révocation se produit plusieurs années après la libération conditionnelle.

Au-delà de la porosité recréée entre la société et les deux institutions étudiées, c'est tout le fonctionnement de ces dernières qui a été repensé après 1945, évoluant régulièrement depuis. Rôle de l'institution eu égard à la population qu'elle retient, changement de regard et de place assignée à ces dernières dans la société⁶⁷⁵, cet ensemble est matérialisé par une transformation fonctionnelle, et même physique parfois, de ces deux entités que sont l'hôpital psychiatrique d'une part, la prison d'autre part.

SECTION II : UN FONCTIONNEMENT INTERNE MODIFIÉ

L'ensemble du système autarcique créé au sein des deux institutions est fissuré sous les coups du désaliénisme d'un côté, d'une nouvelle appréhension de la peine, tournée vers la promotion d'une réinsertion bien préparée, de l'autre. Les enjeux économiques ne se montrent pas en reste pour encourager, sinon initier, les transformations. Le fonctionnement général des deux institutions est ainsi soumis à des réorganisations internes de fond amenant à donner des rôles-clefs à des acteurs extérieurs à l'institution. L'entrée du monde extérieur au sein de l'institution est ainsi définitivement consommée, son importance rendant un retour en arrière difficilement réalisable (I).

Cette ouverture sur l'extérieur s'inscrit dès lors symboliquement dans l'architecture même des établissements. Si cette évolution symbolique paraît ambiguë concernant l'institution carcérale, la société aimant à se voir protégée contre la délinquance par de hauts murs et éventuellement une exclusion de ces bâtiments vers des lieux isolés, elle est nettement marquée dans le cadre psychiatrique, qui a tendance aujourd'hui à cacher, au contraire, la nécessité de maintenir enfermés un certain nombre de patients, les refluant dans de discrètes unités au sein d'un établissement ouvert sur la ville. La volonté désaliéniste maintient de toute évidence son héritage (II).

Conséquence de cette ouverture au monde extérieur, l'institution ne peut pas être hermétique au renforcement de l'attention portée à l'individu après la Seconde guerre mondiale, elle ne peut que se repositionner pour lui faire une place digne, de sujet respecté, devenant l'un des noeuds conceptuels de ces institutions en pleine redéfinition. Ainsi, en premier lieu, il s'avère que, derrière l'effritement de l'organisation fonctionnelle rigide connue par l'une et l'autre des deux institutions et appuyée sur une classification aux vellétés *quasi* scientifiques – au moins dans les projets théoriques – de la population enfermée, a été recherchée, sinon une déspecialisation complète, du moins une organisation beaucoup plus lâche, reposant davantage, en tout cas dans les faits, sur des critères purement pratiques d'organisation administrative. Une telle déconstruction apparente ne doit en effet pas faire croire à une véritable désorganisation au coeur des nouveaux modèles (III). Parallèlement, en second lieu, l'individu connaît une singulière évolution de ses conditions de vie, quoique un état des lieux au sein de chacune des institutions souligne un réel écart dans le stade d'évolution des deux institutions considérées, celle psychiatrique ayant largement distancé celle pénitentiaire (IV).

⁶⁷⁵ En soulignant bien, cependant, la dissociation à opérer entre cette place de l'institution et celle des malades par rapport à la société.

I. DES REORGANISATIONS INTERNES ENTRAINANT UN BESOIN DE MAIN D'OEUVRE EXTERIEURE

Souci thérapeutique à l'hôpital psychiatrique (A), souci économique en prison (B), ces réorganisations fonctionnelles au sein de l'institution n'en ont pas moins le même résultat : elles lui imposent de s'ouvrir vers l'extérieur pour assurer son fonctionnement, mettant un terme à la forme autarcique en vigueur jusque là.

A · A L'HOPITAL PSYCHIATRIQUE

Plusieurs facteurs vont être à l'origine de l'obligation, pour l'institution psychiatrique, de modifier son fonctionnement autarcique interne au plan de l'intendance, pour l'ouvrir à une main d'oeuvre extérieure. Les séjours plus courts et d'un nombre de plus en plus réduit de malades amènent, certes, une logistique moindre, mais surtout, un nombre très diminué de bras pour participer aux travaux de services généraux.

En outre, la création du concept d'atelier thérapeutique, qui va ouvrir en 1970 sur la création du diplôme d'ergothérapeute, retire également de la main d'oeuvre à ces services d'intérêt général⁶⁷⁶. En effet, comme l'explique de manière limpide Monsieur DUBLINEAU, ancien médecin-chef à l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard : « [...] *les services ont créé leur ergothérapie [...] au détriment du recrutement périphérique : si j'avais un malade qui s'occupait du bois, au lieu de l'envoyer à la menuiserie, il restait dans le service à travailler -mais avec un débouché- tandis que le malade qui travaillait chez le menuisier, on ne s'occupait plus de lui [...].* »⁶⁷⁷. Et c'est bien là que se situe toute la différence entre le travail pour le compte de l'institution et le travail en ergothérapie : le premier se résume à « [...] *rendre service et repartir ensuite quand on est guéri [...]* »⁶⁷⁸ tandis que le second vise à une réadaptation par le travail et une formation éventuellement qualifiante qui permet en tout cas de s'en prévaloir valablement afin de trouver du travail ensuite à l'extérieur⁶⁷⁹. L'objectif de l'ergothérapie est en effet de permettre à la personne de réintégrer son environnement, de la manière la plus autonome possible. Or l'épreuve de la guerre et la révolution désaliéniste amènent à réfléchir sur le sens de l'institution psychiatrique et sur ce qu'elle est devenue. Désormais, si travail des malades il doit y avoir, ce doit être dans la recherche de leur véritable profit, un profit thérapeutique renouant avec la vocation originelle de l'hôpital psychiatrique : le soin et si possible le traitement de la maladie mentale.

⁶⁷⁶ Un retrait de main d'oeuvre que les intendances hospitalières n'ont d'ailleurs pas toujours accueilli avec enthousiasme : cela signifiait son remplacement par une main d'oeuvre professionnelle à rémunérer de manière substantivement supérieure que le maigre pécule versé à ces malades employés.

⁶⁷⁷ Témoignage du Dr DUBLINEAU extrait de G. LAMARCHE-VADEL et G. PRELI, « L'Asile (Ville-Evrard) », *Recherches*, n°31, 1978, 243 p., reproduit dans Ph. ARTIERES et J.-F. LAE (dir.), *L'asile aux fous, un lieu d'oubli*, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes, 2009 p. 93

⁶⁷⁸ *Idem*, p. 93

⁶⁷⁹ Selon la définition approuvée par les pays de langue française membre de la Fédération mondiale des Ergothérapeutes, « l'ergothérapie est une profession de santé évaluant et traitant les personnes au moyen d'activités significatives pour préserver et développer leur indépendance et leur autonomie dans leur environnement quotidien et social. » L'ergothérapie ne se cantonne donc pas à la réadaptation par le travail mais s'étend à toute réadaptation par l'activité (d'où son étymologie grecque, « ergon » signifiant « activité »), notamment celles de la vie quotidienne (repas, habillage, courses etc.). Cette seconde part de l'activité ergothérapique ne semble pas prise en considération par le Docteur DUBLINEAU dans ses propos. On voit cependant ce qui est sous-entendu dans sa formule et qui pourrait être transposé à l'activité de la vie quotidienne : le reproche fait à la conception du travail dans les asiles à l'ancienne mode est le glissement d'une mesure en théorie thérapeutique de travail vers l'utilisation brute voire l'exploitation de malades mentaux, voués, on le savait à rester internés toute leur vie. Ce travail était au mieux une occupation mais pas une mesure ergothérapique visant à un réapprentissage de la vie quotidienne. Il ressortait plus de l'ordre de la tâche séquentielle digne d'une usine que d'un réapprentissage de la vie dans une famille, où il est nécessaire de maîtriser l'ensemble du processus pour mener à bien son activité, par exemple de préparation d'un repas ou de soin du linge.

L'apparition de la notion d'atelier thérapeutique dans les textes juridiques date de la circulaire commentant le fonctionnement des hôpitaux psychiatriques de 1952. Dans le règlement intérieur de 1938, en effet, le travail au profit de l'institution est même complété, par rapport au règlement de 1857, par une possibilité de faire travailler le malade « [...] *dans les ménages des fonctionnaires et d'employés logés dans l'établissement* »^{680 681}, alors qu'au contraire, dans la circulaire accompagnant celui de 1952 sont exposées les difficultés administratives provoquées par l'organisation de travail pour les malades « [...] *en-dehors des services généraux de l'établissement* [...] »⁶⁸², une nouvelle modalité de travail à visée thérapeutique néanmoins fortement encouragée par le ministre dans le même texte⁶⁸³. Mais c'est le décret du 11 février 1958 relatif à « l'organisation du travail thérapeutique dans les hôpitaux psychiatriques » qui inscrit dans l'article 171 du règlement intérieur de 1938 ainsi modifié, la possibilité que le travail des malades puisse être effectué « [...] *dans les ateliers médicaux* ». La circulaire du même jour commentant les modifications apportées par le décret définit les modalités de fonctionnement de ces ateliers, tournés vers des activités artisanales, que le ministre souhaite variées.

Ce retrait de main d'oeuvre oblige les administrations d'hôpitaux psychiatriques à ouvrir toutes les tâches d'intendance, de construction-réparation, d'entretien à du personnel externe qui va dès lors circuler en nombre bien plus important dans l'hôpital. Cela va également obliger l'hôpital à appliquer sans exceptions les règles de droit du travail – ou du droit de la fonction publique⁶⁸⁴, selon le statut de l'établissement – et des échelles de véritables salaires, corrects, à l'ensemble de son personnel, une transformation profonde par rapport à la condition qui était faite aux aliénés travailleurs auparavant. L'institution psychiatrique est ainsi amenée à se policer et se civiliser quant à sa gestion du personnel.

En outre, aujourd'hui, la spécialisation et les normes draconiennes en matière de sécurité et d'hygiène rendent ce mode de fonctionnement basé sur le travail des aliénés inenvisageable dans des structures très importantes comme les hôpitaux publics. Dorénavant, si les malades participent à la vie de leur unité, cela reste ponctuel, très localisé, bénévole et volontaire. Les soignants peuvent ainsi les encourager à aider le personnel d'entretien, afin de les réhabituer aux habitudes de la vie quotidienne – vaisselle, installation de la salle et des tables avant la prise des repas, rangement, etc. –, mais ils ne sont qu'une aide subsidiaire. En aucun cas, l'administration de l'établissement ne peut les prendre en compte dans le cadre de sa gestion de personnel. On en reste donc à une forme d'ergothérapie occulte au sens où, éventuellement thérapeutique et bienfaitrice, elle demeure purement interne à la vie de l'unité.

⁶⁸⁰ Article 171 du règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques accompagnant la circulaire ministérielle du 5 février 1938.

⁶⁸¹ C'est ce qui a permis à la psychiatre Danielle SABOURIN-SIVADON, fille de Paul SIVADON, de grandir aux côtés d'Albertine, femme internée à Ville-Evrard où le docteur SIVADON a été nommé médecin-chef en 1943, chez qui elle tenait la maison et s'occupait des jeunes enfants.

⁶⁸² Circulaire du ministre de la Santé publique et de la population relative au fonctionnement des hôpitaux psychiatriques, en date du 21 août 1952, pp. 317-318.

⁶⁸³ On est assuré du véritable sens d'ateliers médicaux ou thérapeutiques de ces « travaux hors des services généraux de l'établissement » grâce au commentaire noté à ce sujet par le ministre dans sa circulaire du 4 février 1958 « portant organisation du travail des malades mentaux en traitement dans les hôpitaux psychiatriques », non parue au Journal officiel.

⁶⁸⁴ Le statut de la fonction publique hospitalière issu de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 « portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière » a en effet été la consécration officielle de la qualité de fonctionnaire des agents travaillant dans le secteur public hospitalier, médecins exclus. La loi du 9 janvier se combine en effet avec celle du n° 83-634 du 13 juillet 1983 « portant droits et obligations des fonctionnaires », ramenant clairement les fonctionnaires hospitaliers dans le même giron que tous les fonctionnaires français, travaillant dans les deux autres fonctions publiques. Mais ce statut n'est pas pour autant une création sortant du néant pour ces personnels hospitaliers : il fait en réalité suite au décret n° 55-683 du 20 mai 1955 « portant statut général du personnel des établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics » qui, intégré au Code de la Santé publique, constituait déjà une forme de statut général pour ces agents non médicaux des hôpitaux, en adaptant aux contraintes propres au domaine hospitalier un certain nombre de garanties statutaires reconnues aux fonctionnaires de l'Etat, sachant que ce décret excluait de son champ d'application les trois grosses structures françaises que sont l'Assistance publique de Paris, les Hospices civils de Lyon et l'Assistance publique de Marseille ; ces structures avaient en effet leurs réglementations propres en la matière.

B · EN PRISON

On retrouve également une modification profonde du fonctionnement de la prison, opérant depuis les années 1970-1980 et important également le monde extérieur au sein de l'institution. La population des enfermés semble par contre moins directement concernée que dans le cadre de l'institution psychiatrique. La situation est ici en effet plus complexe : comme en psychiatrie, le nombre de prises en charge à l'extérieur de l'établissement carcéral, en « milieu ouvert », augmente régulièrement, représentant plus de deux fois le nombre des personnes incarcérées⁶⁸⁵. Cependant, compte tenu des fluctuations du nombre d'incarcérations au gré des politiques plus ou moins sécuritaires appliquées, cela n'a pas empêché, depuis 2001, la tendance générale à la hausse révélée par les statistiques⁶⁸⁶. Nombre d'entre elles sont des courtes peines ou des détentions provisoires – dont la durée est aujourd'hui fortement réduite et ne doit en principe pas dépasser un an –, la première s'avérant le parent pauvre de la réinsertion dans un cadre pénitentiaire, du fait du temps réduit de leur présence en prison. Reste que, parallèlement, la durée des peines et surtout la proportion des longues peines a tendance à augmenter.

Ce n'est pas tant la suppression de l'obligation de travailler imposée aux condamnés, opérée par la loi du 22 juin 1987, qui crée une révolution dans les faits : le chômage touchait déjà durement les établissements pénitentiaires, empêchant l'administration, dans un certain nombre de cas, d'advenir à sa mission « inversée » de fournir un travail, obligatoire, aux détenus. Mais c'est l'infiltration, de manière visible, du monde extérieur en prison, qui s'opère par le biais du modèle de la gestion mixte, nouveau concept créé en 1987 pour faire face au manque d'établissements pénitentiaires par rapport au nombre de personnes incarcérées. Or, même ne touchant qu'un nombre réduit d'établissements puisqu'il ne va s'agir, dans un premier temps, que de ceux du « programme 13 000 », cet alignement des prestations (notamment parahôtelières) fournies en prison sur celles existant dans la société civile, va être symboliquement important autant qu'incontestable sur le plan qualitatif. Et cette mesure au départ principalement économique va devenir, en 2000, un objectif de l'administration pénitentiaire, dans l'optique d'humaniser les prisons.

Pour ce faire, il faut, autant que possible, « [...] aligne[r] [l]es installations et [les] actions sur le droit commun »⁶⁸⁷. Dès 1987, c'étaient des marchés publics de gestion multi-services, comprenant transport, restauration, maintenance des bâtiments et équipement – en résumé, toutes les activités utiles pour faire fonctionner un établissement pénitentiaire, en-dehors de la surveillance des prisonniers, de la direction de l'établissement et du greffe – qui étaient passés avec des entreprises privées. Des marchés reconduits – et même, avançant encore d'un cran dans la privatisation du système – en 2000 et de nouveau en 2009. Cette nouvelle configuration de la gestion de la détention a déteint sur le parc carcéral classique, qui apprend à, lui aussi, externaliser un certain nombre de ses activités, comptant sur la spécialité de ses partenaires pour améliorer la qualité du service⁶⁸⁸. On a déjà évoqué, par le biais de l'étude des intervenants de toutes natures entrant en prison, que santé, éducation et culture ont été confiées, de manière

⁶⁸⁵ 159 232 personnes suivies en milieu ouvert, pour au moins une mesure, par le SPIP, en regard de 62 252 personnes détenues (mineurs compris, mais ne représentant que 1,1 % des personnes détenues). Chiffres au 1er janvier 2009 (source : DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire au 1er janvier 2009*, Paris, éd. du Ministère de la Justice, 2009, p. 7 et p. 4). Les mesures de milieu ouvert prennent en compte les aménagements de peine prononcés dès le départ, par la juridiction de jugement, et ceux décidés en cours d'incarcération par la juridiction d'application des peines. Dans tous les cas, ce sont bien des personnes autrefois vouées, pour la très grande majorité, à la prison, qui restent aujourd'hui dehors.

⁶⁸⁶ Le nombre d'entrées par année a fait un bond de 67 308 en 2001 à 81 533 entrées en 2002 pour ensuite progresser légèrement tous les ans. Un pic a été atteint avec 90 270 entrées en 2007 et est sensiblement redescendu à 89 054 entrées en 2008.

⁶⁸⁷ M. VIALLET, « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *RFAP*, 2001, n°99, p. 446

⁶⁸⁸ Généralement, ce sont la restauration, la blanchisserie-buanderie et la maintenance des installations rénovées qui font l'objet de contrats de sous-traitance. (source : M. VIALLET, « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *op. cit.*, 2001, p. 450).

généralisée⁶⁸⁹, dans les années 1990, à leur ministère de tutelle, en collaboration, selon les cas avec des partenaires extérieurs. Des habitudes intéressantes sont adoptées comme la consultation d'une diététicienne pour établir des menus standards. Quant à l'alignement sur le droit commun, il se ressent, y compris dans les règles de principes pénitentiaires : ainsi, le droit disciplinaire a-t-il connu une importante réforme, introduisant l'application de la loi du 12 avril 2000, qui concerne les relations de tout citoyen aux administrations, dans ce cadre hautement carcéral, le bastion de l'institution. Depuis une convention de 1999, l'ANPE – aujourd'hui Pôle Emploi - est présente en prison. Comme l'indique Martine VIALLET, les directeurs de prison voient dès lors leurs fonctions évoluer : ils deviennent d'abord « [...] *des coordinateurs de prestataires, de services multiples, internes ou externes, exerçant par ailleurs une responsabilité hiérarchique directe pour les fonctions régaliennes* », « [...] [des] *gestionnaire[s] d'un système complexe, avec un cœur de métier, la détention.* »⁶⁹⁰.

Contrairement à l'évolution du fonctionnement interne connue dans le monde psychiatrique, qui repose davantage sur un changement de fond par rapport à la définition même de l'institution, celui de l'appréhension du soin, l'évolution de l'institution pénitentiaire est due d'abord à des raisons économiques et financières, pragmatiques donc. Très rapidement, les changements impliqués par cette nouvelle gestion ont donné une teinte idéologique à cette transformation et l'humanisation, comme l'espoir de réinsertion du détenu, sont devenus un nouveau moteur du changement, venant doubler sans effacer le premier. Un nouveau moteur rencontrant la politique du Conseil de l'Europe en ce domaine⁶⁹¹.

Cette intégration réelle et pragmatique d'une ouverture sur l'extérieur se double de la transformation physique visible, à la portée à la fois symbolique et pratique, de ces lieux de renfermement ; une transformation néanmoins davantage perceptible dans l'institution psychiatrique que carcérale.

II. UNE TRANSFORMATION MARQUEE DANS LA PIERRE

Si la transformation de fond en matière de fonctionnement institutionnel est acquise, la concrétisation physique de cette révolution désaliéniste se réalise également. Ainsi, il suffit de longer un asile de construction ancienne, tels que le sont Le Vinatier à Lyon, Sainte-Anne à Paris ou Saint-Jacques à Nantes, pour faire deux constatations historiquement significatives : tous ces établissements étaient ceints de hauts murs et ces murs sont aujourd'hui de plus en plus fréquemment mis à bas. Dans l'exemple du Vinatier, des grilles, dont une artistique et largement ajourée ont été substituées, sur une importante longueur, au haut mur opaque antérieur, ce dernier n'étant finalement conservé que sur un pan de l'ancienne enceinte, le long du boulevard PINEL⁶⁹². Un geste certes utilitariste mais surtout symboliquement chargé : il s'agit de marquer dans la pierre, *a contrario*, la page définitivement tournée de l'enfermement à vie de malades mentaux au sein d'une institution hermétique. Sans compter, dans la plupart de ces hôpitaux, le

⁶⁸⁹ C'est-à-dire aussi bien pour le parc classique que pour celui à gestion mixte. Lors des nouveaux marchés publics de 2001, le secteur de la santé a ainsi été retiré de la liste des prestations confiées aux partenaires privés. (source : P. COUV RAT, « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », *RFAP*, juil.-sept. 2001, n°99, p. 460)

⁶⁹⁰ M. VIALLET, « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *op. cit.*, 2001, p. 451

⁶⁹¹ On renvoie ici notamment aux Règles Pénitentiaires Européennes et particulièrement à leur dernière mouture de 2006, mais aussi à la pléthore de décisions du Conseil de l'Europe concernant la santé des détenus, leur réinsertion, l'inflation pénale et ses conséquences sur l'institution pénitentiaire etc. et amenant, par des textes non-contraignants, à la construction d'un véritable droit des détenus incitatif.

⁶⁹² Ici se mêle également une volonté de mémoire de cette importante page des débuts de l'histoire de la psychiatrie et de ses asiles. Il paraît donc important de conserver au moins partiellement des pans de ces enceintes montant à plusieurs mètres de haut et marqueurs de la frontière entre le monde institutionnel « du dedans » et la société « normale » de l'extérieur. Cela est également fait à Sainte-Anne, qui conserve quelques pans de son enceinte.

maintien de l'ouverture béante et continue des portes de ces enceintes externes, sans contrôle à l'entrée ou à la sortie.

Il est cependant intéressant de remarquer le décalage temporel parfois laissé entre la révolution psychiatrique qui ouvre la porte d'asiles comme Saint-Alban aux malades, et la démolition de ces murs. A Sainte-Anne, le projet a été lancé en 2005 et les grilles de l'hôpital ont été ouvertes pour la dernière fois, pour ne plus jamais se refermer, le 10 décembre 2008, à la symbolique date du soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

Mais cette inscription dans la pierre de l'ouverture de l'hôpital psychiatrique ne peut nier une réalité toujours d'actualité : certaines personnes atteintes de troubles mentaux nécessitent d'être enfermées durant un certain temps. L'hôpital ne peut échapper à sa vocation de soin, et quand ce soin est l'internement, il se doit d'offrir à ces patients des locaux en accord avec ce régime médical. Ainsi, quels que soient l'impact des volontés libérales et l'intensité de la démolition des murs asilaires, il reste toujours, au coeur de l'institution psychiatrique, un noyau voué à l'enfermement. Il est moins visible physiquement pour le visiteur, les modalités de séjour y ont changé, leur maintien en activité n'est plus dû à des enfermements chroniques mais à de courts séjours et à un fort taux de renouvellement des patients, mais il n'empêche que physiquement, elles demeurent et qu'institutionnellement, on ne peut en faire abstraction.

Et dès lors, cette ouverture physique de l'enceinte de l'hôpital psychiatrique amène aujourd'hui d'autres formes de difficultés eu égard aux malades hospitalisés sous contrainte. On l'a dit, l'enfermement demeurant pour les malades placés sous ce régime, ils se retrouvent séquestrés dans une unité fermée. Ne pouvant librement circuler qu'à l'intérieur de cet espace clos, ils ne peuvent en sortir qu'accompagnés d'un infirmier alors même qu'il ne s'agit que d'aller fumer une cigarette à la porte du bâtiment. Une contrainte pesante à la fois pour ces patients et pour le personnel infirmier, surtout depuis que la loi EVIN interdit de fumer dans tous les lieux publics, sans exception, alors que – c'est un constat sociologique – les personnes enfermées sont quasiment immanquablement des fumeurs⁶⁹³.

La manifestation du changement de paradigme est plus discrète dans le cadre carcéral, où elle concerne surtout les centres tournés vers la réinsertion, tels les centres de semi-liberté (CSL) ou les centres pour peine aménagée (CPA), cachés effectivement dans des établissements d'architecture extérieurement commune et plutôt situés dans les centre-villes, mais qui ne sont pas porteurs de l'imaginaire carcéral pour l'opinion publique. Cette dernière connaît en effet moins l'existence de ce type d'établissements et continue à se tourner vers les « vraies prisons » – maisons d'arrêt, centres de détention et maisons centrales – comme seuls emblèmes du monde pénitentiaire.

Derrière cette modification physique et extérieur de l'institution, c'est néanmoins surtout son fonctionnement interne qui est fortement touché par les révolutions conceptuelles qui la traversent.

⁶⁹³ Cette contrainte amène les psychiatres les plus libéraux à rapidement accorder des assouplissements dans le régime d'hospitalisation, sur la base de contrats entre eux et le patient pour autoriser ces sorties-éclair à la porte de l'établissement, même non accompagnées. Des permissions de sorties vraisemblablement non légalisées ou utilisant de manière un peu contournée la mesure légale de la sortie d'essai, mais nécessaires pour un fonctionnement fluide de l'unité fermée.

III. DESPECIALISATION ET RESPECIALISATION DES STRUCTURES D'ACCUEIL AU SEIN DES DEUX INSTITUTIONS

Si un mouvement de balancier semble caractériser, en ce domaine, l'institution psychiatrique (A), c'est bien plutôt une évolution continue vers une nouvelle spécialisation, en décalage avec l'ancienne qui est maintenue au moins dans les codes, qui paraît définir l'institution carcérale. En effet, cette dernière a toujours prôné la spécialisation dans le discours, sans grande réussite dans l'application pratique. Quoique les difficultés subsistent et que la souplesse imposée dans la mise en oeuvre soit encore la réalité, les progrès vers cette objectif de compartimentation raisonnée se vérifient dans cette seconde institution (B).

A · DANS L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE

Après une volonté de rupture avec le système de classification pavillonnaire, intrinsèquement lié à une logique de gestion de la prise en charge des patients ségrégative et pour certains, peu humaine (1), les soignants de l'après-guerre reviennent à des pratiques de spécialisation des structures d'accueil. Mais une spécialisation repensée, qui n'est plus gérée dans un but de tri et d'abandon de certaines pathologies mais au contraire, dans un but de meilleure adéquation du soin à chaque personne, éventuellement en fonction du type de troubles. C'est en fonction du projet thérapeutique de chaque individu que vont se faire les classements, une spécialisation surtout *extra muros* (1). La spécialisation *intra muros* demeure, quoique très fortement atténuée, s'attachant à des populations prédéfinies sur des critères sans lien avec la psychiatrie tels que celui de la qualité de « détenus », sur le symptôme de la violence (3), ou encore, et beaucoup plus communément, sur le critère du régime d'hospitalisation (2).

§ 1. L'institution psychiatrique, entre déspecialisation organisationnelle interne et spécialisation hors de l'institution fermée⁶⁹⁴

L'histoire de l'institution psychiatrique, depuis l'avènement du désaliénisme et de la sectorisation paraît, au premier abord, celle de la déspecialisation organisationnelle : en effet, ces psychiatres novateurs ont imposé dans leurs hôpitaux la fin du régime des pavillons classant les malades « *selon leur état* »⁶⁹⁵, qui prenait en compte à la fois le degré d'agitation et de promesse de guérison. Cette réorganisation, s'appuyant dès lors sur un embryon de sectorisation, permet un mélange des pathologies, sous-tendue qu'elle est par les principes de la psychothérapie institutionnelle qui a foi en l'entraide des malades, la complémentarité de leurs capacités et le soin réciproque. Mais cela a permis surtout d'abolir les pavillons de *parias* au sein même de l'institution, le coeur de l'inhumain où les malades étaient laissés à eux-mêmes dans un climat de violence poussée. Des pavillons où les malades, abandonnés, laissaient éclater leur folie sans limites, pouvant aboutir aux pires extrêmes. Cela a permis, encore, de supprimer d'autres pavillons, ceux poétiquement dénommés « des gâteaux », où les vieillards restaient alités toute la journée, où les infirmier(e)s ne parvenaient plus à endiguer la charge de travail, devant à tout instant changer les lits de ces patients incontinents et où il régnait une odeur insupportable comme une ambiance morbide. La nouvelle organisation pavillonnaire a ainsi également permis de répartir équitablement le travail, notamment celui exigé par le soin à ces « gâteaux » par rapport à celui nécessité par des malades « calmes » qui portaient travailler dans la journée,

⁶⁹⁴ La liste des structures de prise en charge extrahospitalière et médico-sociale n'est pas exhaustive, les possibilités s'avérant très diverses, au gré de l'inventivité de soignants et d'accompagnants, avec une forte disparité en fonction des territoires. Nous ne listons ici que les plus fréquentes.

⁶⁹⁵ Expression reprise à Madame BAUR, ancienne infirmière à Ville-Evrard, tirée de son témoignage dans, G. LAMARCHE-VALDEL et G. PRELI, « L'Asile (Ville-Evrard) », *op. cit.*, 1978, reproduit dans Ph. ARTIERES et J.-F. LAE (dir.), *L'asile aux fous, un lieu d'oubli*, *op. cit.*, 2009, p. 95

laissant leurs infirmières dans des pavillons *quasi* vides.

Cette déspecialisation *intra muros*, toute tissée de sectorisation, a ouvert sur une nouvelle spécialisation *extra muros*, avec la dissémination de structures extra-hospitalières en ville, dans le cadre du secteur. Pourtant, c'est une respécialisation bien différente de la précédente, dans le sens qu'elle porte : il n'est plus question de classer les malades selon leur degré d'agitation, poussant officieusement jusqu'à créer une hiérarchie entre les pavillons – et donc des « pavillons-punitions » – mais de les répartir suivant le soin et l'aide dont ces patients ont besoin. Si le centre médico-psychologique (CMP), successeur direct de l'ancien dispensaire d'hygiène mentale, peut se définir comme la structure-repère de la sectorisation, les autres structures ou modalités d'accueil et de prise en charge peuvent être très diverses et n'existent pas toutes dans tous les secteurs. Chacun peut, en effet, ne mettre en place que certaines d'entre elles en fonction des besoins propres à sa population de malades et de ses moyens. Deux grands types d'actions sont reliés par ces structures : une prise en charge sur le plan du soin et une action davantage médico-sociale, visant à permettre au malade de vivre quotidiennement dans la cité.

Ainsi, les CMP sont des centres situés dans la cité et accueillant les patients pour les consultations avec leurs soignants voire pour des entretiens de dépistage et de diagnostic, pour des activités thérapeutiques et pour recevoir éventuellement leur traitement⁶⁹⁶. C'est également le lieu de rattachement des équipes infirmières qui sillonnent le secteur dans le cadre des visites à domicile. Par ailleurs, sur un plan thérapeutique et médical peuvent être créés des hôpitaux de jour, dans lesquels les malades sont traités durant la journée mais rejoignent leur foyer le soir ou, dans le même ordre d'idée, des Centres d'Accueil Thérapeutiques à Temps Partiel (CATTP), qui organisent des ateliers thérapeutiques pour des patients qui peuvent ne venir que certains jours par semaine. Les hôpitaux de nuit permettent, quant à eux, à leurs malades de travailler pendant la journée tout en suivant des soins, qui leur sont dispensés la nuit. Une hospitalisation à domicile peut également être envisagée pour certains malades, ou des visites à domicile pour des patients rentrés chez eux mais qui ne sont pas réellement autonomes et qui ont besoin d'un suivi, infirmier ou par d'autres intervenants (assistante sociale, éducateurs spécialisés, etc.). Les appartements thérapeutiques sont également des soins à part entière aux yeux des équipes soignantes. Il s'agit de replacer des malades mentaux au plus près des conditions de vie normale puisqu'ils vivent à quelques-uns dans un appartement en ville, mais avec un soutien thérapeutique infirmier adéquat. Le procédé du placement en famille d'accueil thérapeutique, considéré comme une modalité d'hospitalisation à temps complet, permet également un retour en douceur dans le siècle, en reprenant attache avec un milieu social familial de substitution structuré, et permettant en même temps d'adapter l'accompagnement et aux capacités d'autonomie de la personne. Il s'agit là encore de trouver le juste milieu entre démedicalisation, extraction maximale d'un milieu privatif de liberté et renvoyant inlassablement à l'étiquette du « malade », et accompagnement soutenu voire stimulations pour se réadapter à la vie dans la cité.

Sur un plan davantage médico-social, les foyers de post-cure offrent aux malades un lieu où ils sont nourris et logés et restent surveillés médicalement mais qui leur permet de reprendre des occupations normales pendant la journée. Les ateliers protégés, au même titre que les Etablissements et Services d'Aide par le Travail (ESAT)⁶⁹⁷, accueillent des personnes déclarées handicapées et permettent à ces travailleurs protégés de gagner leur vie tout en restant dans un milieu aux règles moins contraignantes que celles du monde du travail⁶⁹⁸. Un suivi médical et social est assuré en parallèle au sein même de la structure.

§ 2. La spécialisation *intra muros* minimale : la séparation entre HSC et HL

Un progrès, en cours de généralisation au gré des moyens financiers de chaque

⁶⁹⁶ Notamment lorsqu'il s'agit d'injection de neuroleptique retard, injection qui permet que le traitement ne soit administré qu'à des fréquences, certes régulières, mais très espacées (de l'ordre de deux à trois semaines) et évite la contrainte de la prise quotidienne de médicaments. Sans compter que cela évite d'avoir à confier au malade le soin de s'administrer lui-même ses médicaments et permet de s'assurer qu'il les prenne.

⁶⁹⁷ Ces établissements étaient autrefois dénommés Centres d'Aide par le Travail (CAT).

⁶⁹⁸ Ils n'ont pas, par exemple le statut de salarié, ce qui empêche de pouvoir les licencier.

établissement, doit par ailleurs être salué dans les hôpitaux psychiatriques les plus modernisés, alors même qu'il semble jouer, de prime abord, la carte de la ségrégation : la distinction des unités d'accueil entre les personnes hospitalisées sous contrainte et celles en hospitalisation libre. Cela permet en réalité de garantir le régime strict pour les premières sans faire subir cette contrainte aux secondes, qui jouissent pour leur part de la même liberté de mouvement que les patients hospitalisés sous régime de droit commun⁶⁹⁹. En effet, jusqu'à présent – et c'est toujours le cas dans un certain nombre d'établissements non rénovés et où, éventuellement, la place manque – tous les patients hospitalisés pour troubles mentaux étaient rassemblés. Nécessairement, l'ensemble de l'unité était soumise au régime le plus strict. Les personnes en hospitalisation libre se voyaient donc contraintes de demander aux infirmiers de leur ouvrir la porte à leur moindre désir de sortie. Il semble que cela ait amené, *a contrario*, à imposer également des discriminations portant atteinte à la dignité des personnes placées en hospitalisation sous contrainte, du moins dans certains services : afin d'aider les infirmiers à reconnaître immédiatement les patients autorisés à sortir des autres, seuls ces premiers étaient autorisés à revêtir des vêtements civils : les patients hospitalisés sous contrainte et sans permission passaient donc leur journée en pyjama⁷⁰⁰. Il va sans dire que la spécialisation des unités au sein des services peut donc amener un certain soulagement pour les infirmiers, dont le travail est facilité, et pour les patients, dont les conditions d'hospitalisation peuvent prendre un tour plus respectueux de leur dignité.

§ 3. La respécialisation *intra muros* : la gestion des cas particuliers

Au-delà de la respécialisation *extra muros*, s'inscrit une troisième forme de spécialisation, appelée « intersectorielle ». Mais là encore, il faut distinguer : en premier lieu, des services comme celui d'addictologie appliquent le principe de la spécialisation par pathologie ; il s'agit d'une spécialité aux problématiques suffisamment spécifiques pour être considérée comme un peu en marge de la psychiatrie classique. Exceptionnellement, ce service hospitalier accueille donc indifféremment les patients venant de tous les secteurs rattachés à l'établissement psychiatrique⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ C'est ce qu'affirme l'article L. 3211-2 du Code de la Santé publique : « Toute personne hospitalisée avec son consentement pour des troubles mentaux est dite en hospitalisation libre. Elle dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause. »

⁷⁰⁰ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE (CGLPL), *Rapport d'activité 2008*, op. cit., 2009, pp. 84 et 139. La présentation est ici un peu caricaturale. Certains patients *a priori* accueillis en HL pouvaient également se voir contraints à rester en pyjama et interdits de sortie sous divers motifs, notamment celui que le médecin ne les avait pas encore vus et n'avait donc pas donné ses consignes. On voit là le retournement du statut du malade et de sa gestion de sa liberté par rapport au pouvoir soignant dès lors qu'il pénétrait dans l'enceinte d'un service de psychiatrie (cf. H. PROLONGEAU, *La cage aux fous*, Paris, E.J.L., coll. « Libro », 2002, p. 12 et p. 24).

⁷⁰¹ Aviël GOODMAN (1990) définit les conduites addictives comme « [...] soit une source de plaisirs que l'on recherche (renforcement positif) soit une source de soulagement que l'on veut éviter (renforcement négatif). On retrouve une perte de contrôle de la consommation ou du comportement (comme cela est montré par les échecs de tentatives de réduction ou d'arrêt) malgré l'existence de conséquences négatives ». En conséquence, « [...] les troubles addictifs peuvent correspondre à un abus ou une dépendance, et concerner de substances (comme l'alcool, la cocaïne, le cannabis, le tabac...) ou des comportements (comme le jeu pathologique, les troubles alimentaires, certaines activités sportives...) ». (Source : site du centre de psychiatrie et neurosciences français, sis à l'Hôpital Sainte-Anne, http://www.broca.inserm.fr/site_cpn/new/equipes2.php?equipe=10, [consulté le 9/1/2010]. Texte cité tiré de la présentation du laboratoire « Vulnérabilité aux troubles psychiatriques et addictifs »).

La création d'une politique de santé commune à l'ensemble des troubles addictifs, émergée à la fin des années 1990, n'a été administrativement officialisée que dans le *Plan pour la prise en charge et la prévention des addictions 2007/2011* qui a fait l'objet de la circulaire du 16 mai 2007, qui a donné lieu à deux autres circulaires de 2008 relatives à la mise en place d'une filière de soin hospitalière pour l'une (circulaire DHOS « relative à la filière hospitalière de soins en addictologie ») et à la création de nouvelles structures extrahospitalières d'accueil en la matière, les CSAPA, pour l'autre (circulaire DGS « relative à la mise en place des Centres de Soins, d'Accompagnement et de Prévention en Addictologie (CSAPA), et à la mise en place de Schémas Régionaux d'Organisation des Soins (SROS) »). Auparavant, seuls les problèmes toxicomaniaques et d'alcoolisme faisaient l'objet de réelles politiques de santé, distinctes. A partir des années 1990, autant les toxicomanes étaient bien pris en charge par les Centres Spécialisés des Soins aux Toxicomanes (CSST) créés en 1992, autant les personnes alcooliques étaient très mal prises en charge, les Centres de Cures Ambulatoires en Alcoolologie (CCAA) étant en nombre très insuffisants (ils ne répondaient qu'à moins de 10 % des demandes, après un délai d'attente de près de

En second lieu, quatre autres services se détachent du réseau habituel sectoriel pour s'appuyer sur d'autres critères d'accueil : les SMPR et les UHSA (a), les UMD (b) et les USIP (c).

◇ a) *Les structures d'accueil psychiatriques des détenus : les SMPR et les UHSA*

De création relativement récente, les SMPR et les UHSA appuient leur spécificité et leur critère d'accueil sur la population prise en charge : ils sont en effet réservés aux détenus, une population décidément à part pour les autres institutions, et dont cette distinction par rapport aux autres patients a tendance à s'accroître en matière de santé.

La psychiatrie en prison est en effet, en elle-même, une création relativement récente : si les premières et timides intrusions de la psychiatrie de soin⁷⁰² en prison datent de 1876 puis du début du XX^e siècle⁷⁰³, c'est la Réforme AMOR qui lance le principe de l'existence d'« *un service social et médico-psychologique* »⁷⁰⁴. Cependant, seules 14 des 24 annexes psychiatriques prévues ont fonctionné, mais généralement brièvement, faute de personnel et de moyens. Ce sont des actions individuelles de psychiatres engagés, notamment le docteur HIVERT à la prison de la Santé à Paris et une seconde équipe entreprenante à Lyon, qui amènent à la création des CMPR par la circulaire du 30 juillet 1967. Mais, ces centres étant des créations de l'Administration pénitentiaire sans concertation préalable avec le ministère de la Santé, leur personnel, quoique rémunéré par une structure sanitaire, reste cependant placé sous l'autorité du chef de l'établissement pénitentiaire. Ce sont pourtant les premières structures à proposer un réel travail thérapeutique psychiatrique en prison. Leur aboutissement est signifié par la circulaire interministérielle Santé-Justice du 28 mars 1977, qui devient l'assise réglementaire du fonctionnement des futurs 17 CMPR devant progressivement s'organiser sur le territoire national. Elle pose notamment, cette fois, le principe du décloisonnement entre service sanitaire psychiatrique et administration pénitentiaire. Désormais, les CMPR sont purement des annexes de l'hôpital en prison.

Dans cette continuité, alliant particularité de la psychiatrie en prison et, malgré tout, autonomie de la branche sanitaire par rapport à l'administration pénitentiaire, la psychiatrie en prison s'appuie donc aujourd'hui sur son propre réseau de secteurs psychiatriques⁷⁰⁵ : un moyen de rentrer dans le cadre de la psychiatrie de droit commun sans y rentrer tout à fait. Chacun de ces SPMP est donc rattaché à un établissement, public ou privé, assurant ou participant à l'exécution du service public hospitalier⁷⁰⁶ et doté d'un SMPR⁷⁰⁷, successeurs des CMPR. Ces services sont implantés dans un des établissements pénitentiaires de la région, généralement une maison d'arrêt. Le SMPR doit alors assurer, principalement, l'ensemble des actions de prévention, diagnostic, soins et traitements en matière de santé mentale au profit des détenus de

deux mois). Les alcooliques trop gravement atteints étaient donc hospitalisés dans les structures de psychiatrie classiques, de mêmes que toutes les autres addictions. (source : M. REYNAUD, « Organisation des soins en addictologie » dans M. LEJOYEUX, *Addictologie*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, coll. « Abrégés », 2009, pp. 270-280).

⁷⁰² Par opposition à la psychiatrie d'expertise, plus ancienne.

⁷⁰³ En prison, le premier quartier pour aliénés criminels est ouvert à Gaillon, en 1876. Il annonce la spécialisation de l'établissement pénitentiaire de Château-Thierry, qui rassemble « [...] *les détenus en cours de peine signalés par les établissements pénitentiaires [...] pour des troubles du comportement ou du caractère avec ou sans manifestation psychopathique* » et qui se seraient montrés « [...] *réfractaires à la vie communautaire et au traitement qui leur était proposé.* » (A. MARTORELL, « De l'enfermement à la prise en charge », *Evolution psychiatrique* 1993, cité par J.-L. SENON et D. RICHARD, « Punir ou soigner : histoire des rapports entre psychiatrie et prison jusqu'à la loi de 1994 », *RPDP*, n° 1, 1999, p. 103). Les établissements d'Hagenau et de Metz-Barres viennent en renfort à ce premier établissement dans les années suivantes. Entre 1927 et le début de la Seconde guerre mondiale, quelques services de dépistage tentent de se créer dans quelques prisons mais ces initiatives restent ponctuelles.

⁷⁰⁴ Le principe de la Réforme AMOR

⁷⁰⁵ Article 1er du décret n° 86-602 du 14 mars 1986 « relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique » aujourd'hui abrogé.

⁷⁰⁶ Article 1er de l'arrêté du 14 décembre 1986 « relatif au règlement intérieur type fixant organisation des services médico-psychologiques régionaux relevant des secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire »

⁷⁰⁷ Article D. 372 du CPP

l'établissement pénitentiaire dans lequel il est installé⁷⁰⁸, ainsi qu'une mission de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies en prison⁷⁰⁹. Mais il doit en outre accueillir en hospitalisation libre⁷¹⁰ les détenus écroués dans tout établissement pénitentiaire de son SPMP nécessitant une hospitalisation en psychiatrie et y consentant⁷¹¹ et coordonner les soins envers les établissements pénitentiaires autres que celui où il est implanté mais qui lui sont rattachés. Véritable intrusion sanitaire au sein du monde carcéral, ce service est placé à l'intérieur de la prison. Les patients qu'il reçoit, même en hospitalisation complète, restent donc soumis au régime de la détention, dans un cadre restant relativement carcéral.

Ceci dit, ces SMPR manquent de places d'hospitalisation pour accueillir tous les détenus qui le nécessiteraient, 24 sur 26 n'assurent une couverture soignante que le jour, et, on l'a dit, ils ne peuvent recevoir que les patients consentants. Dès lors qu'un patient nécessite une hospitalisation sous contrainte, il est envoyé, en tant qu'hospitalisé d'office, à l'hôpital psychiatrique de rattachement de la prison, où il est accueilli parmi les autres patients hospitalisés sous contrainte⁷¹², ⁷¹³ Or ce mode de fonctionnement a paru de moins en moins supportable aux équipes soignantes de l'hôpital d'accueil qui craignent ce malade reconnu délinquant voire criminel, qui leur est confié sans qu'aucune garde particulière ne soit organisée par les services pénitentiaires le temps de l'hospitalisation, contrairement aux hospitalisations dans des services généraux⁷¹⁴. On en est arrivé dans certains services à des conditions d'hospitalisation pires que la détention, où le patient est attaché à son lit afin de s'assurer qu'il ne s'évade pas. L'article D. 398 du Code de procédure pénale s'assoit en effet sur l'ancienne conception de l'hôpital psychiatrique, institution totale fermée et solidement gardée, n'ayant pas pris acte de la révolution psychiatrique et de l'ouverture de ces établissements de soins. Dès lors se retrouve diminuée l'idée placée en arrière-fond de cet article, posant qu'au delà d'un certain degré de folie, la personne atteinte est moins du ressort de la prison que de l'hôpital psychiatrique. En effet, selon cette conception humaniste, on peut penser que dès lors qu'une personne est suffisamment atteinte psychiatriquement pour ne pas pouvoir rester en détention, son statut de malade doit prendre le pas sur celui de détenu, qu'elle doit bénéficier des mêmes soins que les autres malades, d'une qualité comparable, dans tous les cas. Elle doit donc être accueillie comme malade avant de l'être comme détenue à l'hôpital. Mais l'être humain flanchant généralement face à ce type d'idéaux, l'étiquette de détenu reste cependant prépondérante chez bon nombre de soignants, phénomène accentué en outre par l'exigence contradictoire de l'article D. 395 du CPP : ce dernier énonce que « *les règlements pénitentiaires demeurent applicables à [l']égard [de ces détenus] dans toute la mesure du possible [...]* ».

Face à ce dilemme, la loi du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice » prévoit, dans son article 48, la création d'Unités Hospitalières Spécialement Aménagées (UHSA), rattachées aux secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire, dont l'organisation et le fonctionnement, et notamment la conciliation des logiques professionnelles si différentes que sont celle pénitentiaire et celle de la psychiatrie, viennent d'être fixées par le

⁷⁰⁸ Pour les détenus des établissements pénitentiaires n'accueillant pas de SMPR, -soit la plupart des établissements-, les consultations psychiatriques sont assurées par un praticien de l'établissement sanitaire de rattachement en matière psychiatrique de ladite prison.

⁷⁰⁹ Article 3 de l'arrêté du 14 décembre 1986 précité.

⁷¹⁰ L'expression « sans contrainte » serait sans doute moins cynique. Il s'agit en tout cas d'accueil strictement de patients consentants à l'hospitalisation.

⁷¹¹ Article 15 de l'arrêté du 14 décembre 1986 précité.

⁷¹² Al. 1 et 2 de l'article D. 398 du CPP

⁷¹³ Quand il y est effectivement accueilli. Dans le cas contraire, le préfet refusant pour des raisons de sécurité (cas des détenus classés « DPS ») ou l'hôpital ne pouvant le recevoir dans l'immédiat faute de place, ou encore les psychiatres intervenant en prison s'autocensurant face à ces conditions d'accueil catastrophiques, le détenu est alors placé à l'isolement avec un traitement médicamenteux. (cf. notamment CPT, *Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006*, Strasbourg, 10/12/2007, pp. 82-83, § 200 et 201. Disponible via le portail du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants)

⁷¹⁴ Al. 3 de l'article D. 398 du CPP

décret n° 2010-507 du 18 mai 2010⁷¹⁵ ⁷¹⁶.

Placées au sein d'hôpitaux psychiatriques et non dans des établissements pénitentiaires⁷¹⁷, ces UHSA sont réservées au traitement des seuls patients détenus, mais à tous les patients détenus, prévenus comme condamnés, dès lors qu'ils sont placés sous écrou et qu'ils nécessitent une hospitalisation eu égard à leur état de santé mentale⁷¹⁸. Cette particularité se lit dans leur système de surveillance puisqu'elles sont sécurisées périmétriquement par l'administration pénitentiaire, qui en assure la garde. En conséquence pourront être hospitalisées dans des conditions dignes et propres aux soins – tout stress quant à une éventuelle évasion étant fortement amoindri – des personnes consentantes ou non à cette hospitalisation. La triade HL-HDT-HO doit pouvoir s'appliquer autant en milieu pénitentiaire que dans le monde libre, et en s'appuyant sur des critères très approchants⁷¹⁹, sans interférence sécuritaire perturbatrice. Les mêmes modalités de soins que dans les unités psychiatriques classiques (traitements chimiothérapiques et entretiens individuels, bien sûr, mais aussi activités en groupe, repas thérapeutiques, etc.) sont utilisées au sein des UHSA, une véritable revendication d'égalité de traitement entre patients détenus et patients non détenus étant brandie pour justifier ces unités au coeur d'une vive polémique.

Reste la présence de l'administration pénitentiaire au sein de l'unité. La répartition des tâches est clairement définie par le décret : à l'administration pénitentiaire la sécurité publique, la protection des personnes, détenus comme soignants à leur demande, ainsi que des locaux, toute l'activité de surveillance sécuritaire mais aussi le respect du règlement pénitentiaire, qui s'applique notamment pour la gestion des droits de visite⁷²⁰, correspondance⁷²¹, téléphone⁷²², le tout, très vraisemblablement, tant qu'une contre-indication médicale n'est pas émise par le médecin traitant de l'unité. Cette activité de surveillance peut dès lors conduire à appliquer les méthodes pratiquées en détention, fouilles des détenus, y compris intégrales, fouilles des locaux. En outre, le régime imposé en détention par l'autorité judiciaire, tel que la mise à l'isolement ou les interdictions de communiquer continue à s'appliquer en UHSA : on demeure dans le prolongement de la mise en détention mais c'est le directeur de l'établissement de santé qui doit veiller à l'application de ces mesures⁷²³. De même, le régime disciplinaire continue à s'appliquer, mais uniquement lorsque les patients se trouvent « [...] *sous la surveillance exclusive du personnel pénitentiaire*. » ; les conditions de réponse disciplinaire, par le biais de la mise en place de la procédure disciplinaire classique puis de l'application de la mesure de sanction éventuellement prononcée paraissent toutefois sensiblement compromises par l'hospitalisation en UHSA : aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée par la commission de discipline

⁷¹⁵ Décret n° 2010-507 du 18 mai 2010 « relatif aux modalités de garde, d'escorte et de transport des personnes détenues hospitalisées en raison de troubles mentaux »

⁷¹⁶ En vue de l'ouverture imminente de la première UHSA, celle de Lyon, dont l'inauguration s'est effectivement déroulée le 21 mai 2010. Huit autres sont prévues, pour une ouverture d'ici au dernier trimestre 2012

⁷¹⁷ Article R. 3214-1 CSP (tous ces articles réglementaires sont issus du décret n° 2010-507 du 18 mai 2010 « relatif aux modalités de garde, d'escorte et de transport des personnes détenues hospitalisées en raison de troubles mentaux »)

⁷¹⁸ On notera d'ailleurs que celle de Lyon est prévue pour accueillir autant des hommes que des femmes, deux des unités sur trois étant collectives, la troisième étant une unité d'isolement. Il semble donc que, comme dans les établissements psychiatriques classiques, la mixité soit de rigueur.

⁷¹⁹ Notons tout de même que toutes les hospitalisations sans consentement sont prononcées par le préfet et que la différence entre HO et HDT n'est pas faite dans le texte de l'article L. 3214-3 CSP qui régit ces hospitalisations d'office particulières mais on la retrouve en esprit dans les motifs pouvant justifier l'hospitalisation si on part du principe théorique que l'HDT vise à la protection de la personne contre elle-même et l'HO celle de la protection d'autrui. Ce que l'on veut souligner ici est le mimétisme que l'on recherche et qui doit être mis en place, dans le discours officiel, entre la prise en charge psychiatrique en milieu libre et celle en détention, les procédures devant néanmoins nécessairement être adaptées au contexte carcéral. Il faut relever par ailleurs que l'admission à l'UHSA dans le cas d'une hospitalisation avec consentement est prononcée par le directeur de l'établissement de santé siège de l'UHSA et non par le préfet (article R. 3214-1 CSP).

⁷²⁰ Article R. 3214-18 CSP

⁷²¹ Article R. 3214-20 CSP

⁷²² Article R. 3214-19 CSP

⁷²³ Article R. 3214-6 CSP

ni pendant l'hospitalisation ni plus d'un mois après les faits⁷²⁴.

Par contre, tout ce qui touche à l'activité de soins, et donc le respect du secret médical mais aussi d'une certaine intimité du patient est du ressort du corps psychiatrique⁷²⁵. Les locaux de soins sont épargnés par les caméras de surveillance de même que les chambres des patients, alors que ces système de surveillance peuvent investir jusqu'aux couloirs des unités⁷²⁶. On peut relever, avec Eric PECHILLON, la singulière prudence du décret à l'endroit de la surveillance des chambres d'isolement alors même que la question se pose de manière de plus en plus accrue dans les UMD et les unités de psychiatrie fermées classiques⁷²⁷. Dans les UHSA, les caméras sont exclues, puisqu'elles le sont des locaux de soins⁷²⁸. Le fait d'être ainsi placé dans l'oeil du cyclone aurait-il la conséquence salubre de renforcer des libertés fondamentales telles que celle à l'intimité, aussi fragile dans le contexte de crainte de la responsabilisation massive des soignants en cas de problème et de manque de personnel que vit la psychiatrie actuellement ?

Dans tous les cas, d'une part, la création de ces unités a engagé des polémiques quant à la stigmatisation du détenu malade mental et relancé, par ricochet, les débats sur l'enfermement carcéral des fous⁷²⁹ ; d'autre part, elles ne remplaceront ni les SMPR – qui pourront, si le système fonctionne correctement et sans engorgement immédiat de ces unités, se focaliser à nouveau sur leurs missions initiales, les soins psychiatriques ambulatoires ou de jour pour les personnes détenues ne nécessitant pas d'hospitalisation –, ni, très vraisemblablement, la procédure d'HO par l'article D. 398 CPP, pour les situations d'urgence notamment : le pronostic, posé par tous les acteurs et auteurs de doctrine, d'une rapide saturation de ces unités, conforte l'idée que leur création va peu modifier la situation en matière de prise en charge psychiatrique des détenus, dans les faits.

◇ b) *Les structures ultimes : les Unités pour Malades Difficiles (UMD)*

Troisième structure étudiées dans le cadre de la spécialisation de l'institution psychiatrique, les unités pour malades difficiles gèrent cette fois une population choisie sur un critère de dangerosité. Contrairement à toutes les autres structures présentées, elles ont un bassin

⁷²⁴ Article R. 3214-17 CSP

⁷²⁵ Concernant la répartition des rôles entre personnel de l'AP et soignants, cf. articles R. 3214-5 à R. 3214-15 CSP

⁷²⁶ O. BERTRAND, « A Lyon, la psychiatrie derrière des barreaux neufs », *Libération.fr. éd. régionale LibéLyon* [en ligne], consulté le 27/7/2010 et article R. 3214-9 CSP

⁷²⁷ E. PECHILLON, « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques », *AJP*, 2010, p. 324

⁷²⁸ Article R. 3214-9 CSP

⁷²⁹ Comme lors de l'introduction des soins psychiatriques en prison, deux partis s'affrontent : les partisans du pragmatisme, prenant acte de la présence de plus en plus importante de malades mentaux en prison et jouant la carte de « l'assistance à personne en danger » et les tenants d'une position plus idéologique, revendiquant l'application des principes d'incompatibilité entre troubles psychiatriques et prison, car craignant l'emballement de la pénalisation de la folie du fait de la prise en charge que ces personnes pourront trouver dans le cadre carcéral, alors que, en amont, une telle prise en charge leur aura peut-être été refusée, ou elles n'auront pas su ou pas pu aller la chercher dehors. Cette prise en charge par ces UHSA délivrant des soins de qualité deviendrait alors, selon les détracteurs du système, un argument pour accentuer cette pénalisation de la folie, en plus du confort moral qu'elle procure à ceux qui appliquent cette logique pénalisatrice envers les personnes atteintes de troubles mentaux par peur du « fou » et de ses actes ; une logique dénoncée comme égoïste. Les opposants aux UHSA craignent même une baisse encore plus drastique du nombre des irresponsabilités pénales reconnues, puisque ces UHSA offriront le suivi sanitaire efficace nécessaire dans un cadre très sécurisé et sécurisant pour la société, la juridiction de jugement étant certaine que la personne ne sortira pas tant que le temps de peine qu'elle aura infligé ne sera pas écoulé, contrairement à un placement en HO judiciaire où elle ne maîtrise pas ce temps de réclusion et où elle peut toujours craindre des sorties trop rapides, mal évaluées par des psychiatres trop bienveillants. Est néanmoins oublié dans ce raisonnement ne serait-ce que le filtre du préfet... Il faut compter également que le placement en UHSA est considéré comme partie intégrante de la peine, dont le temps continue à s'écouler pendant ce séjour. L'idée de faire du temps de peine un temps passé intégralement à l'UHSA rejoint ce confort moral obtenu grâce à ces nouvelles structures. (pour un exemple de chaque position : G. DUBRET, « UHSA : un formidable effort dans la mauvaise direction », *L'information psychiatrique*, juin-juillet 2008, n° 6, pp. 543-550 versus P. LAMOTHE, « Les UHSA ne sont pas des alibis humanitaires », [en ligne], *L'Humanité.fr* du 31/5/2010 (consulté le 31/7/2010) et une communication ouvrant sur un débat synthétisant les deux positions : E. BECACHE, « L'UHSA : nouveaux soins et nouvelle exigence éthique », communication aux *Journées du Vinatier. Troisième édition « La Psychiatrie : la Loi et l'Ordre »* des 10 et 11 juin 2010)

de recrutement *quasi* national : ne se comptant qu'au nombre de cinq en France⁷³⁰ et pour seulement près de 500 lits⁷³¹, elles ont un bassin de recrutement de prédilection géographique mais peuvent accueillir des patients venant d'une région habituellement en lien à une autre UMD, plus proche géographiquement, mais qui manquerait de places. Il faut en outre compter que seules deux d'entre elles accueillent des femmes, Montfavet (Vaucluse) et Villejuif (Val-de-Marne)⁷³². Ces unités étaient et restent le symbole de la psychiatrie sécuritaire : parmi leurs usagers, elles continuent à accueillir, malgré la création des UHSA, un certain nombre de détenus jugés inaptes à rester en prison du fait de leurs troubles et indésirables dans les hôpitaux psychiatriques du fait de leur statut pénal ; on joue encore parfois sur la confusion des dangers criminologique et psychiatrique. Il est certain que l'aspect sécuritaire se déploie aussi dans leur mission même : elles relèvent le défi de traiter médicalement des individus atteignant les confins d'une folie généralement meurtrière, en tout cas violente et pouvant mener au bord de l'effroyable, de l'acte indicible, difficilement croyable dans nos esprits si policés et civilisés. « *On est dans un lieu aux frontières de l'humain. Ou dans son trop plein ...* » comme l'explique Magali BODON-BRUZEL, psychiatre jusqu'en 2006 à l'UMD de Villejuif⁷³³. Pour ce faire, un cadre très sécurisé par rapport aux établissements psychiatriques classiques, y compris à leurs unités fermées : cette fois, le service est isolé des autres bâtiments de l'hôpital, ceinturé par de hauts murs, et la description du projet de réhabilitation de l'UMD Henri COLIN, à Villejuif, fait clairement comprendre la dimension sécuritaire du lieu. L'« *aspect carcéral* »⁷³⁴ est indéniable avec ses cours de promenade grillagées. L'esprit carcéral également avec le détecteur de métaux à la porte d'entrée et sa nouvelle conception architecturale panoptique⁷³⁵. Les mesures de sécurité s'enchaînent dans cette conception, pour atteindre un sommet du genre : tout le mobilier est bien évidemment incassable et scellé dans le sol ou les murs, les commandes d'eau et de lumière ne sont atteignables que de l'extérieur de la chambre, dont l'ensemble, sanitaires compris, est visible depuis l'extérieur, par le hublot. Des alarmes jalonnent le bâtiment, reliées autant à la police qu'aux autres pavillons de l'unité, pour appeler du renfort le cas échéant. Des mesures qui visent à la fois à éviter la violence contre autrui et contre soi-même. Dans ces unités, le personnel lui-même diffère de celui présent dans les unités de psychiatrie classique par sa dominante masculine et son ratio de soignants par nombre de lits plus important.

Un cadre contenant architecturalement, donc, mais également physiquement et psychologiquement : à l'UMD de Villejuif, le patient, qui arrive, généralement en état de crise, est automatiquement placé en chambre d'isolement pour 72 heures et il lui est clairement signifié qu'à la moindre incartade, il y retournera pour la même durée. Lors de son arrivée lui sont présentés les différents moyens de contention dont disposent les soignants pour éventuellement maîtriser les patients qui le nécessitent. Enfin, généralement, les « entrants hommes » du moins, qui doivent se rendre à une consultation spécialisée dans un service de l'hôpital général ne sortent pas de l'unité sans ceinture de force et, bien évidemment, accompagnés. Les règles de vie sont draconiennes et intangibles : le patient ne garde aucun vêtement dans sa chambre, dans laquelle il ne rentre qu'en sous-vêtements ou en pyjama ; il

⁷³⁰ Quoiqu'elles soient promises à une augmentation, une nouvelle UMD étant en cours de construction à Lyon, dans l'enceinte du Vinatier, pour une ouverture prévue en 2011, et quatre autres étant projetées en Seine Maritime, dans la Marne, en Corrèze et dans le Tarn.

⁷³¹ Il est extrêmement difficile de connaître le nombre de lits précis, chaque source documentaire donnant le sien et ce dernier variant de 400 à 520, chiffres auxquels il faut rajouter les 40 places nouvelles de Plouguernevel.

⁷³² Deux autres UMD se trouvent à Sarreguemines (Moselle) et à Cadillac (Gironde), et la dernière a ouvert en 2008 à Plouguernevel, dans les Côtes d'Armor. L'Ouest français était la dernière grande région, depuis l'ouverture de Cadillac en 1963, à ne pas être dotée d'une telle structure de soins psychiatriques. Désormais, ces unités sont judicieusement réparties pour permettre une offre de prise en charge sur le territoire sans que les malades n'aient, normalement, à s'expatrier trop loin de leur lieu de résidence..

⁷³³ D. SAUBABER, « Voyage au bout de la folie », *L'Express* du 31/05/2005, p. 80

⁷³⁴ Expression employée à Sophie TERQUEM dans son mémoire pour la formation de directeur d'hôpital : TERQUEM (S.), *La prise en charge de la santé mentale des détenus : l'exemple de Paul Guiraud à Villejuif*, Mémoire directeur d'hôpital, Rennes, ENSP, 2004, 63 p.

⁷³⁵ La salle de soins, au centre du dispositif, entièrement vitrée, ouvre sur un couloir circulaire permettant d'embrasser en un seul coup d'oeil tous les accès ainsi que tous les hublots, de grandes dimensions, donnant sur les chambres des patients.

s'habille et se déshabille dans le couloir. Ni couteau ni fourchette ne sont mis à disposition des patients qui mangent à la cuillère des aliments pré-découpés. Mais surtout, à aucun moment les soignants n'acceptent de rentrer dans le délire du patient et ils lui opposent la réalité dans chacun de leurs dialogues avec lui. Une radicalité sans subtilité dans ces propos, qui est la première pierre du soin. Les interdits sont posés et répétés, ce qui n'est possible, dans toute son ampleur, que grâce à un effectif en personnel suffisant, permettant de parer à la moindre réaction violente. Ce « *cadrage* »⁷³⁶ constant, ces mesures qui peuvent paraître frôler la violation du principe de dignité humaine, choquantes pour un esprit non averti, sont pourtant les règles de base du fonctionnement de ces UMD et du traitement qu'elles dispensent. Tous les psychiatres y travaillant s'accordent sur ce point : c'est en posant des limites claires et concrètes aux patients qu'on canalise leur angoisse et leur impression d'absence de limites ; « [*I]es murs [...] peuvent avoir une valeur thérapeutique en offrant un cadre rassurant, limitant et structurant.* »⁷³⁷. Mais bien évidemment, cette base autoritaire sous-tend une prise en charge médicale et psychologique plus classique, composée de psychothérapies, ergothérapie, sociothérapie⁷³⁸ et chimiothérapie, selon les cas et les besoins.

L'accueil en UMD d'un malade vise l'atténuation de sa dangerosité. Un régime tel que celui décrit ci-dessus exige de rester exceptionnel et d'être la seule voie possible pour soigner un individu qui pose effectivement problème, gravement, à la collectivité. Afin de garantir ce caractère exceptionnel, les conditions d'admission en UMD reposent sur un triptyque posé par l'article 1er de l'arrêté du 14 octobre 1986⁷³⁹ et chaque terme en est soigneusement vérifié : ces patients doivent « [...] *présenter pour autrui un danger tel qu'ils nécessitent des protocoles thérapeutiques intensifs adaptés et des mesures de sûreté particulières, mis en œuvre dans une unité spécialement organisée à cet effet* », ils doivent relever d'une hospitalisation d'office, et enfin « *présenter [...] un état dangereux majeur, certain ou imminent, incompatible avec leur maintien dans une unité d'hospitalisation [...]* » en psychiatrie classique, même fermée. En outre, cette admission aura demandé deux arrêtés préfectoraux préalables, celui d'admission émanant du préfet du lieu d'implantation de l'UMD mais aussi celui de transfèrement du malade vers l'UMD, pris par le préfet de l'établissement d'origine du malade⁷⁴⁰. Sans compter que l'arrêté d'admission est pris, notamment, au vu d'un certificat médical précis indiquant les motifs de la demande de prise en charge du patient par une UMD⁷⁴¹ et une biographie détaillée du patient⁷⁴², auquel l'article 13 du même arrêté rajoute implicitement l'avis d'un psychiatre

⁷³⁶ Expression employée dans le milieu. Cf notamment S. TERQUEM, *La prise en charge de la santé mentale des détenus*, *op. cit.*, 2004, p. 32

⁷³⁷ J-L. SENNINGER et V. FONTAA, *Les unités pour malades difficiles*, Thoiry, Heures de France, 1994, p. 138. On retrouve le même esprit dans l'article de D. SAUBABER, « Voyage au bout de la folie », *L'Express* du 31/05/2005, pp. 76-83 et les mêmes explications dans un débat organisé avec, notamment, Magali BODON-BRUZEL par France-Culture durant l'été 2006, lors de sa série d'émissions « De Grandes traversées » consacrées à la folie : I. OMELIANENKO et F. TESTE, *De Grandes Traversées : Voyages en psychiatrie*, 7/08/2006, « Etats des lieux de la psychiatrie française » (débat)

⁷³⁸ La sociothérapie est « l'utilisation réfléchie des relations humaines d'un individu afin de réduire ses troubles affectifs et comportementaux. Ces relations sont sélectionnées au sein du groupe social, naturel ou artificiel, du sujet » (source : dicopsy.com [consulté le 3/09/2009]). Le Petit Larousse la définit pour sa part comme l'« ensemble des techniques visant à améliorer les communications entre un sujet et son entourage à partir de situations de groupe qui se rattachent à celles de la dynamique de groupe ou résultent d'activités sociales menées en commun. » (Cl. KANNAS et F. DEMAY (dir.), *Le petit Larousse illustré 1996*, *op. cit.*, 1996, p. 944)

⁷³⁹ Arrêté du 14 octobre 1986 « relatif au règlement intérieur-type des unités pour malades difficiles »

⁷⁴⁰ Articles 12 et 14 de l'arrêté du 14 octobre 1986. On notera que cet arrêté doit normalement être motivé, eu égard aux prescriptions posées par l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979, mais que le Conseil d'Etat n'a pas considéré comme portant une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale l'insuffisance de motivation de cette première décision préfectorale (Cf. CE, 14/10/2004, ord. référé, « Monsieur Mario A. », req. n° 273047, [en ligne], Légifrance)

⁷⁴¹ Auquel se rajoutent éventuellement des rapports d'expertises.

⁷⁴² Documents auxquels se rajoute notamment un engagement signé par le préfet du département d'origine « [...] *de reprendre en charge, dans un délai de vingt jours, la personne ayant fait l'objet d'un arrêté de sortie de l'unité [...]* » (extrait de l'article 12 de l'arrêté du 14 octobre 1986), contrainte qui rappelle que le passage en UMD ne doit être considéré que comme une « parenthèse » (l'expression est de Jean-Luc SENNINGER et Vincent FONTAA) dans le suivi psychiatrique du patient, qui reste attaché à son secteur psychiatrique. L'absence d'intégration de ces UMD dans le système de sectorisation, absence organisée par l'article 12 de l'arrêté du 14 mars 1986, prend ainsi un sens sur le plan de la politique de soins.

exerçant à l'UMD d'accueil⁷⁴³, puis éventuellement celui de la commission de suivi médical⁷⁴⁴ en cas d'avis défavorable du premier. Certes, le préfet n'est lié par aucun de ces avis, rien ne l'empêche donc d'admettre un patient à l'UMD dès lors que les trois conditions minimales sont remplies, quel que soit l'avis du praticien. Il est tout de même incité à réfléchir à la gravité de cette dernière, d'autant plus que l'article 17 de l'arrêté du 14 octobre 1986 permet au psychiatre responsable de l'UMD d'accueil qui jugerait, dans le mois suivant l'admission, que les caractéristiques permettant cette admission en UMD ne sont pas remplies, de proposer « [...] *le retour de l'intéressé dans son département d'origine* [...] ». Or, en cas de contestation de cette mesure de retour par le service de psychiatrie d'origine, le préfet doit demander l'avis de la commission de suivi médical qui cette fois, le lie pour la décision à adopter⁷⁴⁵.

La sortie est décidée également par le préfet du lieu d'implantation de l'UMD, mais généralement après avis, ou sur proposition, de la commission de suivi médical qu'il suit. Elle peut par contre revêtir diverses modalités, se rapprochant pour certaines d'entre elles des sorties suite à des hospitalisations d'office simples. En effet, il ne faut pas oublier que le séjour en UMD présente un caractère de « *parenthèse* »⁷⁴⁶ et que le patient ne sort de cette unité qu'une fois qu'il est diagnostiqué comme n'étant plus dangereux. Ainsi, l'article 15 de l'arrêté du 14 octobre 1986 propose quatre modalités de sortie : la sortie « *immédiate et définitive* », une sortie d'essai dans les conditions posées à l'article L. 3211-11 du Code de la santé publique, « [...] *un transfèrement dans une unité de soins relevant d'un secteur psychiatrique rattaché à un établissement assurant le service public hospitalier* ; [...] », généralement le service de psychiatrie du secteur d'origine du patient, et, enfin, celle de retour sous trente jours dans le service d'origine, présentée ci-avant.

Au final, la similitude entre la description de ces UMD et les anciennes institutions totales est troublante, d'autant plus que, pour parfaire la ressemblance, la répartition des malades parmi les pavillons de ces unités se fait sur un critère de dangerosité, comme à l'ancienne⁷⁴⁷. Les UMD apparaissent ainsi réellement comme le dernier bastion de ce passé asilaire au coeur de la psychiatrie d'aujourd'hui. Un bastion sans doute incontournable. Peut-être aussi cela peut-il faire réfléchir sur l'authenticité de l'humanisme des volontés qui ont créé l'asile du XIX^e siècle puis qui ont essayé de le transformer en le sauvegardant. Mais le caractère spécialisé de ces unités marque à sa façon l'évolution de la psychiatrie et de l'ère de l'institution totale : ces unités sont une exception, éventuellement décriée, plus souvent méconnue, mais là pour rappeler que le nécessaire se doit, dans ces domaines, de rester exceptionnel s'il ne veut pas sombrer dans le superflu et faire basculer avec lui toute l'idéologie psychiatrique encore en vogue actuellement.

Une dernière remarque doit cependant pousser à la réflexion sur ce point : nombre de soignants d'UMD, autant psychiatres qu'infirmiers, se sentent rejetés par leurs collègues des

⁷⁴³ L'article 13 est en effet ainsi rédigé : « En cas d'avis défavorable du praticien responsable de l'unité, le commissaire de la République peut saisir la commission du suivi médical qui statuera dans les plus brefs délais. »

⁷⁴⁴ Cette commission de quatre membres nommés par le Préfet du département d'implantation de l'UMD pour un mandat de trois ans renouvelable est composée d'un médecin inspecteur de la DDASS et de trois psychiatres exerçant à temps plein en milieu hospitalier mais ne devant en aucun cas pratiquer en UMD. Elle se réunit mensuellement pour donner ces avis d'entrée, de sortie ou de maintien en UMD les cas échéant, mais elle est aussi tenue de procéder à un réexamen systématique de chaque dossier tous les six mois et effectue des visites de l'UMD. Elle est un organe de contrôle spécifique à ces lieux dans la mesure où elle peut être saisie notamment par la personne hospitalisée elle-même ou ses proches, ainsi que les psychiatres et médecins ayant un lien, même ténu avec le patient (psychiatre responsable du secteur psychiatrique d'origine, médecin généraliste traitant habituellement le patient) ou encore les préfets et directeurs des établissements hospitaliers d'origine comme d'implantation de l'UMD. Elle peut en outre visiter à tout moment l'UMD et y recevoir les plaintes et réclamations des personnes qui y sont hospitalisées, une telle visite devant au minimum être effectuée semestriellement (cf. articles 5, 8 et 9 de l'arrêté du 14 octobre 1986)

⁷⁴⁵ On notera cependant que rien n'est précisé au cas où la contestation ne vient pas du service de psychiatrie d'origine mais de l'un des deux préfets concernés par ce placement en UMD. Il est vrai qu'on imagine mal quel intérêt aurait le préfet du lieu d'implantation de l'UMD de s'opposer à cette proposition. Par contre, le préfet du lieu du service d'origine du malade, qui voit revenir sur le territoire dont il a en charge la sécurité publique un malade dont il a lui-même accepté le transfèrement à l'UMD, pourrait estimer contestable un tel retour;

⁷⁴⁶ L'expression est de Jean-Luc SENNINGER et Vincent FONTAA, *op.cit.*, 1994, p. 21

⁷⁴⁷ Nous ne contestons par le bien-fondé de cette répartition, logique thérapeutiquement et sécuritairement à plus d'un titre, mais nous constatons simplement la similitude.

services de psychiatrie classiques, voire des SMPR, et jugent que ces derniers prennent l'UMD pour le centre de recollement des « rebuts » de l'institution psychiatrique⁷⁴⁸. La dénonciation est dure, sans doute excessive car trop généralisée, mais met l'accent sur une dérive de l'utilisation de cette unité par les services de secteurs psychiatriques⁷⁴⁹. En effet, en théorie, derrière l'expression « malades difficiles » se cachent trois profils de patients : des patients dits « médico-légaux » c'est-à-dire des auteurs de crimes ou délits déclarés irresponsables au titre de l'alinéa 1 de l'article 122-1 du Code Pénal⁷⁵⁰ (ou de l'ancien article 64 du même code), d'autres dits « perturbateurs » dans les services de psychiatrie classiques qui ne peuvent plus être contrôlés par les moyens traditionnels de surveillance et de soins de ces services, et certains détenus nécessitant une hospitalisation en psychiatrie au titre de l'article D. 398 du Code de procédure pénale⁷⁵¹ et placés en UMD plutôt qu'en service de psychiatrie traditionnel. Dans les faits, Jean-Luc SENNINGER et Vincent FONTAA analysent que la proportion des demandes d'admission pour des patients perturbateurs ayant commis un acte de violence à l'encontre d'« un membre de l'institution psychiatrique » croît au fil du temps. Ils concluent à une nette évolution du profil du malade dit difficile, évolution qu'ils mettent principalement sur le compte de la création du secteur, avec ses corollaires d'ouverture de l'institution et de féminisation de la profession infirmière, sans compter les soucis de manque de personnel. De ce fait, l'institution ne sait plus être contenante et doit appeler les UMD à son aide. Ce qu'ils traduisent par le fait que le profil typique du patient envoyé en UMD est désormais celui du « [...] *schizophrène paranoïde, puissamment déstructuré, « résistant » à la thérapeutique entreprise et exigeant l'emploi d'une « camisole physique »* [...] *la caricature de l'échec du secteur.* ». Ils en concluent violemment qu'« [...] *autrefois, le malade qui était difficile l'était à l'égard de la société, actuellement le devient à l'égard d'une micro-société artificiellement créée : le secteur.* »^{752 753}

Des propositions ont donc été soulevées pour tenter de résoudre ce dévoiement de l'utilisation de l'UMD : la création, à mi-chemin entre les unités fermées de psychiatrie et les UMD, d'unités fermées⁷⁵⁴, là encore intersectorielles.

◇ C) *Les structures intermédiaires de gestion de la violence : les USIP*

La création de ces nouvelles unités permettrait de recentrer les UMD sur le traitement de

⁷⁴⁸ On trouve cette dénonciation virulente dans l'ouvrage de J.-L. SENNINGER et V. FONTAA, *op. cit.*, 1994, notamment pp. 22-23 et 57-59. Les auteurs évoquent même l'expression de « *poubelle des hôpitaux psychiatriques* » mise au compte de psychiatres de secteur. Mais le même malaise est évoqué par Sophie TERQUEM dans son mémoire, *La prise en charge de la santé mentale des détenus*, *op. cit.*, 2004, p. 33

⁷⁴⁹ Une utilisation à laquelle ne fait pas obstacle le passage nécessaire par l'autorité préfectorale qui doit délivrer les arrêtés d'admission et de transfèrement, ce qui souligne la réalité du pouvoir médical et l'autorité décisionnelle de papier, simple masque administratif, du pouvoir préfectoral.

⁷⁵⁰ Article 122-1 du Code pénal :

al. 1 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. »

al. 2 : « La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. »

⁷⁵¹ Article D. 398 du Code de procédure pénale :

« Les détenus atteints des troubles mentaux visés à l'article L. 342 du code de la santé publique ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire :

Au vu d'un certificat médical circonstancié et conformément à la législation en vigueur, il appartient à l'autorité préfectorale de faire procéder, dans les meilleurs délais, à leur hospitalisation d'office dans un établissement de santé habilité au titre de l'article L. 331 du code de la santé publique.

Il n'est pas fait application, à leur égard, de la règle posée au second alinéa de l'article D. 394 concernant leur garde par un personnel de police ou de gendarmerie pendant leur hospitalisation. »

⁷⁵² J.-L. SENNINGER et V. FONTAA, *Les unités pour malades difficiles*, *op. cit.*, 1994, p. 73

⁷⁵³ Le même constat est relevé, quoique de manière plus sereine, par Assia BOUMAZA dans son ouvrage *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, *op. cit.*, 2002, vol. II p. 172

⁷⁵⁴ Proposition faite dès 1986 dans le rapport ZAMBROWSKI puis reprise dans les rapports BARRES-FUCHS de 1990 et MASSE de 1992.

la dangerosité extrême pathologique et de leur rendre leur vocation d'unité « *hyperspécialisée* »⁷⁵⁵. Des Unités de Soins Intensifs Psychiatriques (USIP ou UPSI, encore dénommées Unités Intersectorielles Fermées (UIF)) ont expérimentalement été créées à Cadillac et à Nice en 1991 et 1993. Depuis quelques années, d'autres ont éclos dans plusieurs autres établissements psychiatriques, à Lyon, Pau, Eygurande ou Perray-Vaucluse par exemple, toujours en marge du droit qui ne connaît pas ces structures. Une reconnaissance juridique permettrait pourtant une harmonisation obligatoire des pratiques.

Dans le principe, ces unités intersectorielles fermées sont, en effet, vouées aux patients perturbant les services classiques mais non réellement dangereux, qui ont besoin d'un cadre contenant rassurant, avec ses règles strictes et « [...] *ses limites extérieures bien marquées*. »⁷⁵⁶. Ce qui n'empêche pas, comme le souligne l'un des principaux porteurs du concept, que « [...] *la qualité de vie et le respect de l'espace personnel des patients [soient] également pris en considération [...]* »⁷⁵⁷, « [...] *accès à des espaces extérieurs [...]* » tels que des cours de promenade, etc. étant même jugé « [...] *indispensable*. »⁷⁵⁸ et les relations avec l'entourage étant préservées au maximum, sous réserve de mesures thérapeutiques restrictives sur ce plan comme cela peut exister également dans une prise en charge en service de psychiatrie traditionnel. Leur caractère de lieux de soins intensifs leur permet une dotation plus importante en soignants par rapport au nombre de patients mais sous-entend également une durée de séjour courte, ne dépassant pas deux mois, ouvrant éventuellement sur une admission du patient en UMD si son attitude le nécessite. Ces unités doivent rester, selon leurs chantres, de petite capacité d'accueil (une quinzaine de lits) et sont réservées à des personnes hospitalisées sous contrainte. Là encore, elles sont créées dans l'optique de rester une parenthèse dans le parcours de soins du malade : d'ailleurs, comme pour les UMD, l'admission en USIP, qui se fait sur demande du psychiatre traitant, est conditionnée à une clause de reprise du patient par l'unité de secteur une fois le malade stabilisé.

Une inquiétude peut se faire jour malgré l'unanimité sur ces nouvelles unités : il est incontestable qu'elles sont un progrès par rapport au placement abusif de malades, somme toute d'une dangerosité moindre par rapport à la vocation première des UMD, et qui ne justifient pas le régime draconien de ces dernières. Mais n'ouvrent-elles la porte à une nouvelle ségrégation entre les malades « pénibles » et les malades « calmes » ? En résumé, à un retour voilé au classement pavillonnaire des anciens asiles ? Certes, ce classement ne se fait plus au sein de chaque hôpital, une unité servant de point de rattachement pour les établissements de plusieurs départements ; dès lors, le tri des admissibles à l'USIP est sans doute plus sévère que les transferts opaques entre pavillons. On peut espérer, en tout cas, qu'il le sera, afin de ne pas transformer ces USIP en lieu de punition pour mauvais comportement dans l'unité de secteur, et que le moindre comportement considéré comme gênant par les soignants de l'unité ne soit pas prétexte à envoi dans ces lieux. Non que nous mettions en doute les conditions d'accueil et le respect de la dignité humaine au sein de ces nouvelles unités, mais car c'est alors toute une philosophie du soin et du vivre ensemble, obligeant à supporter les particularités et les faiblesses de l'Autre, qui risque d'être remis en cause. Et si les unités psychiatriques commencent à reproduire le rejet du « trop fou » qu'elles essayent jusqu'à maintenant de combattre au sein de la cité et de l'opinion publique, quel avenir promet-on ?

L'institution psychiatrique conserve donc des liens ambigus avec le principe de spécialisation de ses structures, et seul un léger cadre national est réellement fixé à ce sujet,

⁷⁵⁵ Terme emprunté à Jean-Luc SENNINGER et Vincent FONTAA, *op. cit.*, 1994, p. 134. Cependant, reste à penser la vocation véritable, et sans dévoiement de ces nouvelles unités, qui ne doivent pas se retrouver, à leur tour, « les poubelles des hôpitaux psychiatriques ».

⁷⁵⁶ P. LE BIHAN, C. PAGES, J-B. NAUDET, D. ESFANDI, L. ROURE, P. WEISS, « Place des unités de soins intensifs psychiatriques (USIP) dans le dispositif de soins », *Annales médico-psychologiques*, mars 2009, vol. 167, n°2/2009, p. 145

⁷⁵⁷ P. LE BIHAN, C. PAGES, J-B. NAUDET, D. ESFANDI, L. ROURE, P. WEISS, « Place des unités de soins intensifs psychiatriques (USIP) dans le dispositif de soins », *Annales médico-psychologiques*, mars 2009, vol. 167, n°2/2009, p. 145

⁷⁵⁸ *Idem*, p. 145

reposant sur les UMD et aujourd'hui les UHSA à côté de l'organisation sectorielle. Pour le reste, l'organisation dépend de chaque secteur, de chaque « *établissement-tête de secteur* »⁷⁵⁹, et, au degré supérieur, du schéma régional d'organisation des soins et est donc adaptée aux besoins de la population de son territoire ; aucune grille fixe nationale n'est arrêtée sur ce plan, contrairement au carcan encore rigide que connaît l'institution carcérale à cet endroit.

B · DANS L'INSTITUTION CARCERALE

Dans le cadre carcéral, la volonté d'organisation d'un maillage territorial d'établissements spécialisés, si elle existe sur le papier, s'est avérée laborieuse à mettre en place dans la pratique, au point d'avoir fait l'objet d'ajustements lui faisant perdre sa rationalité et sa rigueur théorique originelle. Pour pallier cet échec, une spécialisation officieuse individualise les établissements les uns par rapport aux autres, permettant une plus grande finesse de gestion de la population carcérale par l'administration pénitentiaire que ce qui peut transparaître des textes de lois (1). En outre, une seconde spécialisation, à l'intérieur de chaque établissement, singularise des quartiers permettant, là encore, une meilleure accointance de la prise en charge avec la diversité de population accueillie (2).

§ 1. La spécialisation des établissements

L'Administration pénitentiaire a, pour sa part, adopté et gardé une vision beaucoup plus nationale de sa gestion de la répartition des détenus dans ses différents établissements⁷⁶⁰ que ne l'a fait le ministère de la Santé pour la psychiatrie. A la tête d'établissements différenciés selon le type de condamnation depuis le Premier Empire, tentant d'y glisser une spécialisation en fonction de la catégorie pénale des individus – prévenus ou condamnés –, elle substitue aujourd'hui de manière affichée la dangerosité à la durée de la peine au titre de fondement de cette spécialisation officielle des établissements pour peine (a). Cette volonté de spécialisation à double critère est pourtant restée inaboutie, n'étant appliquée qu'à travers le prisme de contraintes matérielles et administratives qui modifient l'ambition du projet théorique (b). Par contre, une spécialisation parallèle mais officieuse permet de répartir quelques individus dans des établissements répondant à des problématiques très spécifiques ou à des modalités d'exécution de la peine appelant une confiance toute particulière et que l'on pense non généralisable à grande échelle (c).

◇ a) *Dans la théorie, une volonté officielle de spécialisation aux contenus fluctuants*

On a évoqué les projets en grande partie avortés de spécialisation qui débouchent finalement sur deux types d'établissements seulement, les maisons centrales pour les longues peines, c'est-à-dire toutes celles supérieures à un an, et les prisons pour courtes peines, d'une durée inférieure ou égale à un an.

En 1945, l'absence de mixité des établissements est bien ancrée dans les règles pénitentiaires⁷⁶¹. Pour le reste, en premier lieu, la réforme établit la distinction entre maisons

⁷⁵⁹ Expression reprise à M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, op. cit., 2009, p. 150

⁷⁶⁰ Nous ne tenons pas compte, dans ce développement, du regroupement de plus en plus fréquent de plusieurs types de structures carcérales en un seul établissement, un centre pénitentiaire. Ce rapprochement est en effet d'ordre purement administratif et n'a pas d'impact sur le raisonnement tenu quant à la spécialisation et la logique interne à chacune des structures. Il ne faut notamment pas y voir la recréation d'établissements voués au régime progressif, ce regroupement n'ayant pas de logique punitive d'ensemble.

⁷⁶¹ Le cas des mineurs peut être considéré comme également résolu depuis le milieu du XIXe siècle, mais il faut signaler la particularité de la situation des jeunes filles délinquantes : les femmes ne représentant qu'une part marginale de la population pénale, peu d'établissements leur sont réservés et au sein de ceux-là, le nombre de mineures tombe à des chiffres tels que jusqu'en 2006, date de l'ouverture des premiers Etablissements Pénitentiaires pour Mineurs, elles n'étaient en général pas séparées des majeures. Il est vrai que dans certains cas, dans la situation antérieure à la création de ces centres, l'application du principe de séparation aurait pu les amener à se retrouver isolées en détention tant leur nombre est réduit, un régime réputé pour être

d'arrêt et établissements pour peines. En second lieu, le projet d'instaurer le régime progressif dans tous les établissements pour peines amène à remplacer le fondement de la répartition des détenus entre ces établissements par un double critère : la peine prononcée⁷⁶² et le profil du condamné⁷⁶³. Fer de lance de la réforme pénitentiaire, cette nouvelle conception du système pénitentiaire tournée exclusivement sur la peine laisse de côté le problème des prévenus. Puis, suite aux mouvements de détenus de 1974, un décret du 23 mai 1975 mettant officiellement fin au régime progressif institutionnel, organise une nouvelle spécialisation des établissements⁷⁶⁴, officiellement plus fine que celles qui l'ont précédée : elle ouvre sur une répartition tenant expressément compte de la dangerosité du détenu.

A l'étude de l'évolution des articles du Code de procédure pénale, on voit apparaître à partir de 1985 pour les articles pris par décrets, à partir de 1987 pour l'article législatif 717 CPP, un glissement vers un classement suivant la durée ou le reliquat de peines, du moins pour les condamnés à des peines supérieures à un an⁷⁶⁵. Mais encore, une fois, on ne s'intéresse là qu'aux personnes reconnues coupables et punies.

Quant à aujourd'hui, depuis la loi du 9 septembre 2002⁷⁶⁶ et, dans son sillage, le décret du 20 mars 2003, ce même code est revenu à une affectation des condamnés en établissement pour peine en fonction de la dangerosité de l'individu. Il reste très implicite sur ce changement de paradigme à ses débuts, faisant simplement disparaître toute notion de durée ou de reliquat de peine de ces textes et ne gardant que le laconique « [l]es condamnés purgent leur peine dans un établissement pour peine »⁷⁶⁷ pour l'article 717 CPP, une logique identique étant appliquée aux articles décrets⁷⁶⁸. Par contre, la pratique administrative interne intègre complètement ce changement et donne la lecture réelle à faire de ces disparitions énigmatiques. Ainsi, la dangerosité du détenu est établie sur la base de grilles purement comportementalistes et chiffrant le degré de dangerosité de la personne considérée, notamment sa prétention à l'évasion : un certain nombre de condamnés à de longues peines dont la non-dangerosité est établie ne connaissent ainsi jamais l'incarcération en maison centrale. S'y ajoutent le rapprochement familial, la gestion de la peine et les moyens de rendre le parcours d'exécution de peine effectif ; le reliquat de peine ne joue plus que comme un indice de la dangerosité, un des éléments pris en compte pour l'évaluer, et non plus comme un élément déterminant pour l'affectation du condamné⁷⁶⁹.

En matière pénitentiaire, la spécialisation des établissements paraît pertinente, et même appropriée à la bonne exécution des missions dévolues à l'Administration pénitentiaire. Cette administration est en effet requise à la fois pour garder des personnes non encore jugées et pour, de manière principale, prendre en charge les condamnés afin, cette fois, de leur faire exécuter leur peine. La distinction entre les établissements accueillant les prévenus et ceux accueillant les condamnés semble donc un préliminaire fondamental sur le plan éthique, eu égard au traitement d'individus encore présumés innocents et qui devraient ressortir de prison, surtout s'ils sont effectivement reconnus innocents, le moins stigmatisés possible par ce séjour. Pierre

particulièrement dur à supporter alors même qu'on s'adresse à des adolescentes ou de très jeunes femmes (moins de 21 ans), psychologiquement potentiellement encore fragiles.

⁷⁶² Article 717 du CPP

⁷⁶³ Article 717-1 du CPP

⁷⁶⁴ Le régime progressif s'appuyait en effet sur une spécialisation par pavillons ou quartiers à l'intérieur d'un même établissement pénitentiaire. (source : B. DUTHEILLET-LAMONTHEZIE, « Adieu au régime progressif », *RPDP*, 1976, pp. 279-282)

⁷⁶⁵ Par contre, la présélection entre détenus affectés dans une maison d'arrêt et ceux affectés dans un établissement pour peine reste basée sur la durée peine prononcée.

⁷⁶⁶ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice »

⁷⁶⁷ Alinéa 1er de l'article 717 CPP

⁷⁶⁸ Cf. articles D. 70 à D. 72 CPP

⁷⁶⁹ Entretien avec Monsieur Boris TARGE, Secrétaire national adjoint du Syndicat national des Directeurs pénitentiaires, 15 janvier 2010. La Cour des Comptes diffère sensiblement sur ces critères relevant parmi eux, outre ceux cités de dangerosité et de maintien des liens familiaux, ceux de nature de l'infraction commise, prise en charge psychiatrique et psychologique et l'accès au travail ou à la formation professionnelle (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*. op. cit., 2010, p. 31)

PEDRON⁷⁷⁰ rappelle les obligations ambivalentes, pour reprendre son expression, auxquelles est légalement tenue l'Administration pénitentiaire concernant les détenus : une mission touchant à la fois « [...] *au maintien de la sécurité publique* » et à « [...] *la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire* »⁷⁷¹. Il y ajoute l'exigence de préserver la dignité des personnes incarcérées, exigence déjà posée au troisième point de la Réforme AMOR. Une organisation appelée à « [...] *assurer l'individualisation des peines* »⁷⁷² alors qu'elle est aux prises avec des besoins et des réponses à donner aussi divers que sa population est hétérogène, « [...] *nécessite une vaste panoplie de solutions* », comme l'explique Monsieur PEDRON⁷⁷³, mais aussi une spécialisation des établissements voire du personnel d'accueil afin, précisément, de répondre à chacun individuellement dans la masse des besoins ou exigences parfois contradictoires. Bien des différences, en effet, entre le prévenu qu'il faut aider à lutter contre la déresponsabilisation à laquelle amène trop rapidement la prison, contre « *les effets destructurants* » d'une perte de contact soudaine avec la vie sociale quotidienne – son emploi, sa famille et ainsi le rythme de sa vie autant que les liens affectifs –, le condamné à une courte peine pour lequel la préparation de la sortie doit être une priorité et le condamné à une longue peine, pour lequel le premier objectif est d'organiser des activités *intra muros* avant de s'établir un projet à long terme ouvrant sur l'avenir et la sortie lointaine.

Or pourtant, dès la distinction entre prévenus et condamnés, la porosité entre types d'établissements est de mise : « [...] *à titre exceptionnel* [...] » selon l'article 717 du CPP⁷⁷⁴, les condamnés à une courte peine, c'est-à-dire inférieure ou égale à deux ans, ou ceux dont le reliquat de peine est inférieur à un an peuvent être incarcérés en maison d'arrêt. La loi impose alors, cependant, que ces condamnés soient enfermés dans des quartiers distincts de ceux accueillant les prévenus. Eu égard aux conditions actuelles de surpeuplement des maisons d'arrêt et connaissant les priorités administratives de l'administration pénitentiaire afin de maintenir une certaine sérénité en détention, on peut douter de l'exacte application de cette dernière précaution, quoique, dans le cadre de l'application de la loi du 9 mars 2004 qui impose l'application effective des peines prononcées et un accent mis sur la réinsertion⁷⁷⁵, même lorsqu'il s'agit de peines courtes, des efforts aient été engagés par les Gardes des Sceaux successifs pour garantir la création de centres ou de quartiers réservés à la mise en oeuvre de ces courtes peines⁷⁷⁶.

Nonobstant la rupture de spécialisation pointue des maisons d'arrêt, qui accueillent ainsi les deux grandes classes de détenus, Bernard BOULOC justifie le principe d'une séparation entre courtes et longues peines, qui ne permettent pas d'engager les mêmes projets de réinsertion, d'éducation et de travail sur soi⁷⁷⁷. Reste le problème de la mise en oeuvre de cette séparation. On retrouve alors les conclusions d'Eric PECHILLON, qui estime que désormais, la détention s'appuie davantage sur des considérations administratives que pénales⁷⁷⁸ : voilà deux catégories de populations pénales aux antipodes l'une de l'autre – les présumés innocents non jugés, et les condamnés – rassemblées vraisemblablement par élimination ; que faire des courtes peines, puisqu'elles appellent à un traitement si différent des peines plus longues ? Il reste deux alternatives : soit une nouvelle spécialisation, avec investissements économiques lourds et construction d'un nouveau type d'établissements, soit l'accueil dans une structure déjà existante.

⁷⁷⁰ P. PEDRON, *La prison et les droits de l'homme*, Paris, LGDJ/EJA, 1995, p. 59

⁷⁷¹ Alinéa 1 de l'article 1er de la loi du 22 juin 1987 « relative au service public pénitentiaire ». On retrouve les mêmes exigences dans l'article 2 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009

⁷⁷² Alinéa 2 de l'article 1er de la loi du 22 juin 1987 « relative au service public pénitentiaire ». Là encore, cet objectif est à nouveau inscrit à l'article 2 de la loi du 24 novembre 2009

⁷⁷³ P. PEDRON, *La prison et les droits de l'homme*, op. cit., 1995, p. 59

⁷⁷⁴ Cf. également les articles D. 70 et D. 73 du CPP. On relèvera que l'article D. 73 CPP a été abrogé au 29 décembre 2010 par le décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, sans conséquence puisque l'indication qu'il portait est toujours présente au deuxième alinéa de l'article 717 CPP.

⁷⁷⁵ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1) » modifiant l'article 707 CPP.

⁷⁷⁶ Cf. *infra* pp. 240-242

⁷⁷⁷ B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 161

⁷⁷⁸ Cf. E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 106

Cette impression de priorité de l'administratif sur les considérations pénales se renforce lorsque l'on sait que c'est le directeur inter-régional des services pénitentiaires qui décide de la maison d'arrêt d'affectation du condamné en fonction de la place disponible dans les établissements de ce type de sa région. On peut néanmoins espérer que la prise en compte des critères tels que le maintien du détenu dans un établissement proche de son milieu de vie en vue d'éviter une désinsertion sociale sont pris en compte lors de ce choix, s'inspirant ainsi intelligemment d'une bonne compréhension de l'article 717 CPP. Une application sensée de ce dernier, qui indique que « [l]es condamnés à l'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à deux ans peuvent [...] être maintenus en maison d'arrêt [...] lorsque [...], leur situation familiale [...] le justifie » exige en effet que la maison d'arrêt retenue soit précisément celle à proximité de la famille.

Le principal brouillage entre types d'établissements est donc dû à des considérations simplement pratiques. Monsieur PECHILLON estime les contraintes administratives comme prépondérantes dans l'ensemble des choix organisationnels du système et du parc pénitentiaires. Reconnaisant l'influence de deux approches, l'une pénale et l'autre administrative, il ravale cependant la première au rôle de simple « *référence théorique* »⁷⁷⁹, l'estimant, « [...] *insuffisante car les textes et la pratique la contournent en prévoyant des exceptions et des nuances [...]* »⁷⁸⁰ au principe qu'elle pose, à savoir un principe de répartition dans les différents établissements « [...] *fondé sur l'origine du détenu* »⁷⁸¹. Et de remarquer que « [ces exceptions et nuances] *s'expliquent par la place prépondérante tenue par les impératifs de gestion administrative de la détention, et en particulier les contraintes nées de la sécurité.* »⁷⁸². Une nouvelle fois, la pratique aurait donc pris le pas sur la théorie. Le raisonnement est pertinent, quoiqu'il puisse être modéré : si la gestion administrative garde le haut du pavé, l'approche pénale, plus qu'une simple référence de papier, est un critère réel et usité de la répartition des détenus dans les établissements. La nouvelle spécialisation des établissements pour peines, entraînée par le décret du 23 mai 1975, semble réconcilier gestion administrative, contraintes sécuritaires et approche pénale : il s'agit bien, désormais, d'affecter les détenus à un établissement en fonction de la durée de la peine, du reliquat de peine à subir mais aussi de la personnalité de l'individu et notamment de sa dangerosité.

◇ b) *Dans la pratique, une spécialisation officielle mal appliquée et inaboutie*

Cette spécialisation des établissements se ressent d'abord dans leur régime intérieur, établi en fonction de la vocation officielle et principale du type d'établissements, la dissociation-clef restant celle entre les maisons d'arrêt d'une part (1) et les établissements pour peines d'autre part (2).

■ 1. Les maisons d'arrêt⁷⁸³

Ainsi, les maisons d'arrêt, puisqu'elles sont en théorie réservées aux prévenus⁷⁸⁴ et aux détenus soumis à une contrainte par corps⁷⁸⁵, soumettent leurs pensionnaires au régime de

⁷⁷⁹ *Idem* p. 106

⁷⁸⁰ Cf. E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 106

⁷⁸¹ *Idem* p. 106

⁷⁸² *Idem* p. 106

⁷⁸³ Suite à l'entrée en vigueur des décrets du 23 décembre 2010 et la recodification partielle du Code de procédure pénale, les règles réglementaires concernant l'encellulement individuel se trouvent désormais aux articles D. 93 à D. 95 CPP et non plus aux articles D. 83 à D. 87 CPP.

⁷⁸⁴ On comprend dans ce terme, comme l'indique le Code de procédure pénale (al. 3 de l'article D. 50 CPP), tous les individus qui ne sont pas encore sous le coup d'une condamnation définitive c'est-à-dire également les condamnés en première instance qui ont formé « [...] *opposition, appel ou pourvoi.* ».

⁷⁸⁵ La contrainte par corps consistait en l'incarcération d'une personne pour l'obliger à payer une amende due suite à une condamnation pénale (articles 749 à 762 anciens du CPP). Déclarée contraire à la CEDH dans certaines de ses dispositions, elle a été remplacée par la contrainte judiciaire depuis la loi PERBEN II du 9 mars 2004 qui « [...] *consiste en un emprisonnement dont la durée est fixée par le juge d'application des peines* » « [...] *en cas d'inexécution volontaire d'une condamnation à une peine d'amende prononcée en matière criminelle ou correctionnelle pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement* ». (Source : A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Ellipses, coll « Dictionnaires de Droit », 4e éd., 2008, pp. 62-63)

l'encellulement, normalement individuel, de jour comme de nuit⁷⁸⁶. On tient à préserver les présumés innocents, et plus particulièrement ceux qui pourront être reconnus effectivement innocents, de la contagion criminelle d'authentiques malfrats en attente également de leur procès. Dans la pratique, la possibilité de dérogation à ce principe – évoquée dans le même alinéa des articles 716 pour les prévenus et D. 83 CPP, développée aux articles D. 84 et D. 85 CPP, pour cette catégorie d'établissements et dans le second alinéa de l'article 717-2 CPP, pour les condamnés résidant en maison d'arrêt – est devenue la règle⁷⁸⁷, la surpopulation en maison d'arrêt atteignant un paroxysme avec des taux de parfois 200% de remplissage des établissements⁷⁸⁸ et contraignant nécessairement l'administration à placer plusieurs détenus par cellule⁷⁸⁹. La loi du 24 novembre 2009 vient, une fois de plus, de réaffirmer solennellement ce principe en faveur des prévenus, abrogeant la dérogation commune, à quelques artifices de formulation près aux articles 716 et 717-2 CPP, motivée par la « [...] *distribution intérieure des locaux de détention ou de leur encombrement temporaire* »^{790 791}. Il s'agit de mettre un terme à ce trop commode prétexte permettant de n'avoir jamais réussi à instaurer de manière effective l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt depuis la création du Code de procédure pénale en 1959. Les parlementaires ont sur ce plan refusé de céder au Gouvernement proposant la confortable solution d'abroger ce principe ; la loi n'est néanmoins pas assez téméraire pour exiger une application immédiate de cette règle : c'est donc un énième moratoire de cinq ans – le dernier ? – qui reprend le motif de dérogation de « [...] *distribution intérieure des locaux ou le nombre de personnes détenues ne permet[tant] pas son application.* »⁷⁹². Elle cherche malgré tout à assurer dès à présent au mieux la règle établie, faisant sienne la solution posée par décret du 10 juin 2008⁷⁹³ à l'article D. 53-1 CPP qui ouvre droit au transfert du détenu demandeur⁷⁹⁴ d'une cellule individuelle dans une maison d'arrêt surpeuplée vers la maison d'arrêt la plus proche qui pourrait lui offrir satisfaction⁷⁹⁵. Sont maintenues, par contre, les trois autres motifs de dérogation à ce principe, soit en cas de demande des intéressés eux-mêmes, « [...] *si leur personnalité justifie, dans leur intérêt, qu'ils ne soient pas laissés seuls* » ou encore « [...] *s'ils ont été autorisés à travailler, ou à suivre une formation professionnelle ou scolaire et que les*

⁷⁸⁶ Article 716 et alinéa 1er de l'article D. 83 CPP pour les prévenus et alinéa 2 de l'article 717-2 CPP pour les condamnés. Notons qu'avec l'entrée en vigueur des décrets du 23 décembre 2010, l'article D. 83 CPP a été intégralement réécrit et ne concerne plus le régime auquel doivent être soumis les prévenus. Quant à l'article 716 CPP, également modifié, il faut relever l'évolution dans l'appréhension du régime de l'encellulement individuel que semble poser le Code tel que remanié après la réforme de 2009, et notamment à travers la nouvelle rédaction de cet article : le principe de l'encellulement individuel a été proclamé à nouveau, très explicitement et avec force, par la loi. Mais il s'agit de tenir compte, apparemment, d'une certaine souplesse, de la nécessité pour un individu de ne pas rester isolé toute la journée, nuit comprise. On notera en tout cas, les indices de rédactions qui incitent à privilégier cette lecture : le code ne parle plus d'encellulement de jour et de nuit, ce qui induisait une grande rigueur de principe dans l'application de la séparation des individus, mais a remplacé l'expression par l'idée de « placement en cellule individuelle ». L'esprit de la réforme de 2009 sous-tendant cette disposition, cela signifie bien évidemment « une personne par cellule » ; l'administration ne pourra pas se cacher derrière cette expression pour faire croire à une ouverture pragmatique du Code vers l'encellulement à plusieurs dans une cellule de taille individuelle. Par contre, cette modification est bien révélatrice de l'esprit dans lequel on veut appliquer la règle de l'encellulement individuel : un droit du détenu, mais ouvert aussi vers l'idée de réinsertion donc de maintien de la capacité de socialisation de ces personnes enfermées. C'est une atténuation de la rigueur du principe de l'isolement philadelphien, qui se replace à merveille dans la logique déjà impulsée par les articles du Code permettant des activités en commun dans la journée.

⁷⁸⁷ Pierre PEDRON parle de « pérennisation des dérogations pénales ». (Cf. P. PEDRON, *La prison et les droits de l'homme*, op. cit., 1995, p. 62)

⁷⁸⁸ La Cour des comptes relève dans son rapport thématique sur le service pénitentiaire de juillet 2010 jusqu'à un taux de 340 % d'occupation au centre pénitentiaire de Nouméa au 1er janvier 2010 (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 19)

⁷⁸⁹ Contrairement aux établissements pour peines, les maisons d'arrêt ne peuvent en effet refuser une personne qui leur est envoyée par l'autorité judiciaire. Elles servent en outre de sas d'attente avant les transferts en établissement pour peine qui peuvent ainsi faire coïncider leur taux de remplissage théorique et réel, attendant la sortie d'un détenu pour en accueillir un autre.

⁷⁹⁰ Alinéa 2 de l'article 717-2 CPP

⁷⁹¹ Alinéa 2 de l'article 87 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁷⁹² Article 100 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁷⁹³ Décret n°2008-546 du 10 juin 2008 « relatif au régime de détention et modifiant le Code de procédure pénale »

⁷⁹⁴ Sous réserve de l'accord du magistrat en charge d l'information pour les prévenus

⁷⁹⁵ Article 100 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

nécessités d'organisation l'imposent »⁷⁹⁶. Et en vue de cet encellulement collectif possible, la loi organise également les conditions de cette cohabitation : aux conditions matérielles touchant à la taille de la cellule elle-même est ajoutée l'importante condition d'aptitude à cohabiter de chacun des détenus concernés, et les non moins fondamentales exigences de garantie de la sécurité et de la dignité des intéressés, résumant à elles seules le fond de ces conditions⁷⁹⁷. L'article D. 95 CPP issu du décret d'application n°2010-1635 du 23 décembre 2010 précise la possibilité de principe à ce que les détenus soient rassemblés dans la journée dans le cadre d'activités collectives, qu'il s'agisse de travail, d'activités culturelles, sportives ou de loisir, ou encore d'enseignement ou de formation professionnelle.

Sur les autres plans, le régime reste strict dans ces établissements où les détenus ne sont, par principe, pas autorisés à sortir de leur cellule sauf lors des deux heures de promenade et pour les activités de type « parloir ». Ceci dit, quelques dérogations ont été accordées par rapport au régime pennsylvanien strict⁷⁹⁸ : ainsi, l'alinéa 2 de l'article D. 83 ouvre la possibilité à « [...] *des activités collectives ou des activités dirigées* [...] » sportives⁷⁹⁹, scolaires⁸⁰⁰ ou plus informelles, organisées notamment par des associations extérieures⁸⁰¹. En outre, l'article D. 87 CPP permet également l'organisation d'un travail en commun « [s]i la nature des travaux à exécuter l'exige ou s'il n'a pas été possible de trouver des tâches susceptibles d'être effectuées individuellement en cellule [...] ». La communication des détenus avec l'extérieur s'est cependant longtemps cantonnée à des visites au parloir dès lors que le visiteur était détenteur d'un permis de visite et à de la correspondance écrite. Depuis le décret du 3 mai 2007, les condamnés incarcérés en maison d'arrêt ont également accès au téléphone⁸⁰². Le régime intérieur des maisons d'arrêt a pourtant été longtemps plus sévère que celui des autres établissements pénitentiaires à ce propos, et le reste sur certains points. Il s'agit là, en effet, d'un régime visant à protéger le détenu, éventuellement innocent, de la corruption des autres, à éviter les nuisances portées à l'enquête en cours d'instruction, lorsque plusieurs prévenus sont impliqués dans une même affaire et pourraient s'entendre pour recomposer les faits devant le juge, et d'un régime taillé sur mesures pour un séjour qui se doit, par définition, de rester court.

■ 2. Les établissements pour peine

A côté de cette première catégorie d'établissements pénitentiaires, les établissements pour peines rassemblent quatre types de structures différentes⁸⁰³. Diversification des établissements d'accueil qui marque l'accentuation de la spécialisation des prisons à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale. Ainsi, aux maisons centrales (a) se rajoutent au fil des décennies les centres de détention (b), les centres de semi-liberté et les centres pour peine aménagée (c).

a - Les maisons centrales

Les maisons centrales, structures historiques, sont recentrées, à partir de 1975, sur la sécurité, tandis que sont créés les centres de détention, « [...] *principalement orientés vers la réinsertion sociale* [...] »⁸⁰⁴. Le Code précise bien que le régime plus sécuritaire des centrales doit malgré tout « [...] *permettre également de préserver et de développer les possibilités de réinsertion sociale des condamnés* »⁸⁰⁵, mais la priorité reste à la prévention contre les évasions

⁷⁹⁶ Article 716 CPP

⁷⁹⁷ Alinéa 3 de l'article 87 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Le complément de cette organisation palliative de la répartition collective des détenus dans les cellules est posé par les articles D. 93 et D. 94 issus du décret d'application n°2010-1635 du 23 décembre 2010

⁷⁹⁸ Nous rappelons que le système pennsylvanien s'appuie sur l'isolement intégral, diurne comme nocturne. Cf. *supra*, p. 114 -115

⁷⁹⁹ Articles D. 459-1 à D. 459-3 CPP

⁸⁰⁰ Article D. 452 CPP

⁸⁰¹ Article D. 446 CPP

⁸⁰² Alinéa 1er de l'article D. 419-1 CPP

⁸⁰³ Nous rappelons que, ne traitant pas le cas des mineurs enfermés, nous ne prenons pas en compte, dans nos développements, explications et calculs les établissements qui leurs sont réservés.

⁸⁰⁴ Alinéa 3 de l'article D. 72 CPP

⁸⁰⁵ Alinéa 2 de l'article D. 71 CPP

et le maintien de l'ordre dans l'établissement. Elles accueillent donc, dans la théorie, les condamnés considérés comme les plus dangereux ou risquant de l'être et les plus enclins aux évasions⁸⁰⁶. Les détenus y sont soumis à l'isolement seulement de nuit. Ainsi, pendant la journée, ils ont légalement la possibilité de participer à des activités collectives, ludiques ou éducatives, et ceux qui travaillent le font aussi généralement en commun⁸⁰⁷. Rappelons que depuis le décret du 3 mai 2007, ces condamnés, comme ceux des maisons d'arrêt, peuvent téléphoner « [...] *au moins une fois par mois* [...] »⁸⁰⁸ à leur famille, leurs proches et leur avocat, ou toute autre personne « [...] *en vue de la préparation de leur réinsertion sociale* » sur autorisation délivrée par le chef d'établissement⁸⁰⁹. Ils bénéficient également du régime général des permissions de sortie⁸¹⁰ et ont potentiellement accès à une grande diversité d'activités culturelles, selon le dynamisme de l'établissement d'accueil.

Une spécialisation plus forte tend à se mettre en place avec la création de Maisons Centrales à Petit Effectif (MCPE) spécialement orientées sur la prise en charge des détenus les plus dangereux. Une spécialisation en demi-teinte, néanmoins, dans la mesure où il s'agirait de créer des établissements de taille plus restreinte pour isoler ces détenus exigeant plus de rigueur dans le traitement, notamment au niveau sécuritaire, mais dont le régime de détention ne différerait pas de celui des autres maisons centrales, tel que fixé par les textes. Le phénomène de spécialisation joue son oeuvre à plein, cherchant à rentrer dans l'adéquation la plus juste possible avec toute catégorie particulière, travaillant dans les franges du cas particulier. Ceci dit, ces MCPE étaient déjà prévues par la loi de programme n°95-9 du 6 janvier 1995 « relative à la justice », elles ne sont actuellement qu'en cours de construction⁸¹¹.

b - Les centres de détention

Les centres de détention sont réputés des structures tournées en priorité sur la réinsertion sociale. La question de la dangerosité du délinquant et de la sécurité reste à la marge, le tri entre les détenus ayant *a priori* été effectué en amont, lors de la décision d'affectation en établissement pour peine, appuyée sur un dossier individuel d'orientation du condamné et eu égard à la spécificité des deux types d'établissements pour peine^{812 813}.

L'article 717-2 CPP posant le principe du régime auburnien⁸¹⁴ dans tous les établissements

⁸⁰⁶ Jusqu'au décret du 20 mars 2003, le critère d'une durée de peine, -unique ou addition faite de plusieurs peines cumulées-, supérieure à cinq ans se rajoutait à celui de la dangerosité (article D. 71 CPP dans sa version antérieure à 2003)

⁸⁰⁷ Article D. 95 CPP

⁸⁰⁸ Alinéa 1er de l'article 419-1 CPP. Rappelons que suite à l'entrée en vigueur du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, l'article D. 419-1 CPP a été abrogé, et qu'on ne trouve désormais plus de nombre d'appels fixé par le Code. Sans doute cela sera-t-il déterminé localement, par chaque règlement intérieur.

⁸⁰⁹ Alinéa 4 de l'article 419-1 CPP. Depuis l'entrée en vigueur du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, cette précision est posée par l'article 39 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 mais n'a plus de répétition réglementaire.

⁸¹⁰ Article D. 144 et alinéas 1er et 3 de l'article D. 145 CPP

⁸¹¹ La même loi de programme du 6 janvier 1995 proposait de suivre la même démarche pour les personnes placées en maisons d'arrêt via la création de Maisons d'Arrêt à Vocation Régionale (MAVR). Une idée qui jusqu'à présent n'a pas connu de concrétisation, restant même « *un concept flou* » dont l'avenir reste incertain selon Boris TARGE (entretien du 15 janvier 2010)

⁸¹² Articles D. 74 à D. 82-4 CPP

⁸¹³ Dans la période précédente à celle actuelle, où la répartition par établissement s'organisait en fonction de la durée voire du reliquat de peine, les centres de détention, créés par le décret du 23 mai 1975, se divisaient, pour leur part, depuis la loi du 22 juin 1987, en centres à vocation nationale, propres à accueillir des condamnés à une durée de peine totale supérieure à cinq ans (ancien article D. 71 CPP), et centres à vocation régionale pour ceux dont cette même durée n'excède pas cinq ans et ceux pour qui elle n'excède pas sept ans mais qui en pratique, n'ont plus qu'une durée inférieure à cinq ans à effectuer au moment où la dernière de leurs condamnations, en cas de cumul, est devenue définitive (alinéas 1 et 2 de l'ancien article D. 72 CPP.) Les centres de détention à vocation nationale permettaient ainsi d'offrir une alternative moins sécuritaire que les maisons centrales à des condamnés à des très longues peines. Cette distinction n'a plus eu lieu d'être à partir du moment où la loi de du 9 mars 2002 a opté pour la dangerosité comme critère-clef d'affectation en établissement pour peine et où tout condamné, quel que soit son *quantum* de peine, a pu être affecté en centre de détention dès lors qu'il n'avait pas de profil dangereux. Elle a donc été supprimée par le décret du 20 mars 2003.

⁸¹⁴ Isolement de nuit seulement, et activités en commun le jour. Cf. *supra*, p. 115

pour peines⁸¹⁵, les centres de détention ne se différencient pas des maisons centrales sur ce plan. La possibilité des activités collectives se retrouve donc également, le rétablissement d'un climat de vie en société, avec l'ouverture des cellules durant toute la journée et la possibilité pour les détenus de circuler dans leur unité librement étant même *quasi* généralisé dans ce type d'établissement. Ces condamnés connaissent des conditions assouplies en matière de communication dans la mesure où, au-delà de la voie épistolaire, ils ont notamment longtemps été les seuls parmi les condamnés retenus en établissements vraiment fermés à disposer du droit de téléphoner une fois par mois^{816 817}. Ils peuvent bénéficier de permissions de sortie, dès lors qu'ils ont exécuté le tiers de leur peine, dont la durée peut être étendue « [...] à cinq jours et, une fois par an, à dix jours. »⁸¹⁸, des conditions donc notoirement plus favorables par rapport au régime commun de ces permissions.

c - Les établissements tournés vers la réinsertion : les Centres pour Peine Aménagée et les Centres de Semi-Liberté

Dans la même perspective de réinsertion sociale que les centres de détention, des Centres pour Peine Aménagée (CPA) ont été créés par un décret du 30 avril 2002⁸¹⁹. Ces structures, situées en centre-ville, permettent à des condamnés à moins d'un an de leur libération et volontaires dans cette démarche, de préparer activement leur sortie, sur tous les plans : social (notamment pour le problème du logement *post*-carcéral), professionnel, éventuellement sanitaire, etc. Des détenus en placement à l'extérieur ou sous le régime de la semi-liberté peuvent également y être accueillis⁸²⁰. Le régime des permissions de sortir est encore plus aménagé que dans les centres de détention, au point que l'article D. 97-1 CPP⁸²¹ qui organise le régime de ces centres évince l'organisation de « parloirs » en considérant que les détenus des centres pour peine aménagée n'ont pas besoin de ces mesures pour retisser leurs liens familiaux : bénéficiant de permissions de sortir sans condition de délai⁸²², ils peuvent avoir des contacts avec leur famille sans obstacle. En outre, la durée de ces permissions peut être portée, dans leur cas, de trois à cinq jours⁸²³. Avant l'harmonisation du régime des communications par le décret du 3 mai 2007, celui octroyé aux détenus placés en centre pour peine aménagée était également encore plus libéral que celui connu à l'époque en centre de détention puisque les prisonniers bénéficiaient d'un accès illimité au téléphone⁸²⁴.

Enfin, des Centres de Semi-Liberté (CSL), officialisés par un décret du 20 mars 2003, accueillent les détenus placés sous ce régime, qui sont donc autorisés à exercer des activités professionnelles, éducatives ou médicales durant des plages horaires strictement définies et de rentrer au centre en-dehors de ces horaires⁸²⁵.

■ 3. Une spécialisation moins claire qu'il n'y paraît

La spécialisation par établissement, sur des critères liés à la catégorie pénale de l'intéressé et son degré de dangerosité se trouve confrontée à deux vents contraires : d'un côté malmenée par des pratiques ne respectant pas ces principes théoriques simples (a et b), elle est également

⁸¹⁵ Des exceptions sont admises pour les classiques raisons médicales ou administratives de gestion du nombre de détenus accueillis en fonction de la place disponible. Cette entorse à la règle motivée par ces raisons matérielles doit cependant rester « [...] *exceptionnel* [...] et *provisoire* [...] » (alinéa 1er de l'article D. 95 CPP).

⁸¹⁶ Ils ont même été longtemps les seuls avant le décret du 30 avril 2002 instaurant les centres pour peine aménagée à avoir ce droit régulier.

⁸¹⁷ Articles D. 417 sous sa forme antérieure au décret du 3 mai 2007 et D. 419-1 créé par le même décret de 2007. Même commentaire à propos de l'abrogation de cet article que *supra*, note 802 p. 211

⁸¹⁸ Article D. 146 CPP

⁸¹⁹ Décret n° 2002-663 du 30 avril 2002 « modifiant le Code de procédure pénale et portant création des centres pour peines aménagées »

⁸²⁰ Article D. 72-1 CPP

⁸²¹ Suite à l'entrée en vigueur du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, l'article D. 97-1 CPP a été abrogé. On retrouve désormais son contenu à l'article D. 86 CPP.

⁸²² Alinéa 1 de l'article D. 146-1 CPP

⁸²³ Alinéa 2 de l'article 146-1 CPP

⁸²⁴ Articles D. 417 sous sa forme antérieure au décret du 3 mai 2007 et D. 419-1 créé par le même décret de 2007. Même commentaire à propos de l'abrogation de cet article que *supra*, note 802, p. 111

⁸²⁵ Article D. 137 CPP

approfondie, dans sa logique, par le système récemment légalisé des « régimes différenciés » (c). En fait, abordées de manière globale, les règles régissant les différentes catégories d'établissements tendent à s'harmoniser entre les types d'établissements (b), mais c'est en réalité pour mieux recréer une différenciation plus opaque pour l'observateur externe à l'administration, à l'intérieur de ces structures et entre elles.

a - La déspecialisation de longue date des maisons d'arrêt

La première atteinte portée à cette spécialisation théorique est sans aucun doute la situation existant dans les maisons d'arrêt : à la base prévues pour recevoir une catégorie pénale bien définie, les prévenus, auxquels on peut ajouter les personnes en instance d'appel ou de pourvoi en cassation, elles ont tout de suite été ouvertes par pragmatisme, on l'a évoqué, aux condamnés à de courtes peines. Une fois l'entorse au principe théorique légalisée, elle s'est étendue pour de pures contraintes pratiques : jusqu'en 2009, les condamnés dont le reliquat de peine est inférieur à un an y ont également leur place aux termes de l'article 717 CPP... Ce sont donc des condamnés ayant un reliquat de peine pouvant s'élever à deux ans que l'on trouve dans ces structures sans *numerus clausus*, faute de place dans les établissements pour peines, ou des condamnés à de plus longues peines mais attendant plusieurs mois voire plusieurs années leur transfert au Centre National d'Observation⁸²⁶ puis leur affectation. Le droit courant après la pratique, la loi du 24 novembre a donc relevé à deux ans le seuil permettant d'être éligible à une affectation en établissement pour peine⁸²⁷, sans compter qu'elle a ajouté à cette liste de personnes pouvant être maintenues en maison d'arrêt les condamnés « [...] *bénéfici[ant] d'un aménagement de peine ou [...] susceptible[s] d'en bénéficier rapidement.* »⁸²⁸. Le danger est réel que cette extension légale ne soit qu'une étape, une nouvelle marche dans l'élargissement de la sphère des condamnés concernés par un maintien en maison d'arrêt. Une telle évolution vers la déspecialisation des maisons d'arrêt est pourtant particulièrement à réprouver, non seulement eu égard aux avantages qui ont présidé à l'instauration de la séparation des catégories pénales, mais aussi, de manière indirecte, eu égard à leur régime très strict et aux conditions de vie qui y ont cours.

b - L'harmonisation des régimes des catégories d'établissement autour des standards humanistes

Par ailleurs, ainsi que cela a été expliqué, les centres de détention connaissent *a priori* un régime plus libéral que les maisons d'arrêt et que les maisons centrales⁸²⁹. Cependant, au vu des descriptions ci-avant, on peut s'interroger sur la réelle différence de conditions de vie entre centres de détention et maisons centrales. La différence entre les régimes en vigueur dans les deux apparaît de plus en plus ténue et le mouvement a tendance à s'affirmer, comme le fait

⁸²⁶ Le Centre National d'Observation (CNO), basé à Fresnes où il a été créé sous le nom de Centre National d'Orientation en 1950 avant de devenir Centre National d'Observation en 1985, est un passage obligé, depuis une circulaire du 9 décembre 1998, pour tous les condamnés dont le reliquat de peine est supérieur ou égal à dix ans à la date où la condamnation devient définitive. D'autres détenus peuvent éventuellement y être envoyés, dans tous les cas sur décision du ministre de la Justice, notamment afin d'établir un bilan de personnalité en vue d'une libération conditionnelle. Durant un à deux mois, le détenu subit toutes formes d'examens et de tests (médicaux, psychologiques, psychiatriques, psychotechniques etc) visant à mieux cerner sa personnalité, ses capacités, sa dangerosité potentielle afin de l'affecter dans un établissement qui correspondra au mieux à son profil et lui offrira les possibilités de projets ou de soins adaptés à son cas. D'après le rapport de la Cour des Comptes, ce centre devrait bientôt connaître une nouvelle évolution, devenant Centre National d'Evaluation (CNE) transféré au centre pénitentiaire de Réau lorsque la construction de ce dernier sera achevée (prévue pour fin 2011), ce qui lui offrira une plus grande capacité d'accueil de détenus, plus conforme aux besoins actuels, et dans des locaux plus adaptés à son activité. Suite notamment à la loi du 10 mars 2010 et aux dernières dispositions adoptées en matière de lutte contre la récidive, l'activité du centre risque d'être encore augmentée, dépassant les capacités prévues du futur CNE. Le Ministère serait donc en cours de réflexion pour se tourner vers une nouvelle organisation de l'évaluation des détenus, éventuellement en instaurant des centres interrégionaux d'évaluation, en révisant la durée des sessions d'évaluation etc. (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 33)

⁸²⁷ Article 717 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 88 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁸²⁸ Article 717 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 88 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁸²⁹ Article D. 97 CPP, entraînant application des articles D. 146 CPP, D. 419-1 CPP et D. 448 CPP. Suite à l'entrée en vigueur du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, cet article a été abrogé. Cette disparition de cet article apparaît comme une marque de plus de la réflexion de Monsieur PECHILLON, ci-après développée, concernant le rapprochement progressif entre les différents types d'établissements pour peines au bénéfice d'une différenciation en interne opérée par les règlements intérieurs, sur la base des régimes différenciés.

remarquer Eric PECHILLON, avec la volonté d'humanisation des prisons⁸³⁰. Nombre de mesures réservées, en 1975, aux centres de détention – et qui justifiaient leur création par rapport aux maisons centrales –, comme la possibilité d'aménager sa cellule de manière personnelle⁸³¹ ou l'instauration de parloirs sans dispositifs de séparation⁸³², sont effectivement progressivement généralisées, depuis les années 1980, à tous les établissements pour peines.

Le mouvement s'accroît avec des pratiques internes à l'administration pénitentiaire, à commencer par un sous-classement des maisons centrales en une catégorie véritablement sécuritaire, dotée d'une forte sécurité active et passive (Moulins-Yzeure, Saint-Maur, Lannemezan) et une seconde catégorie au fonctionnement relevant du centre de détention et stigmatisant quelques maisons centrales en cours de déclassement (Ensisheim, Poissy, Château-Thierry). En conséquence, est appliqué dans ces maisons centrales de la seconde classe le régime des « portes ouvertes »⁸³³ ; y répond, pour flouter un peu plus les frontières, une application fractionnée de cette pratique, selon les bâtiments et les unités de vie, dans des centres de détention tels que celui de Nantes. Les degrés de sécurité peuvent jouer alors sur la durée, dans une journée, pendant laquelle le régime plus libéral va être appliqué, par rapport au temps où la détention va fonctionner en « portes fermées ». Et on arrive à une situation où, aux dires de Monsieur TARGE, Secrétaire national adjoint du Syndicat national des Directeurs pénitentiaires, le régime de certaines maisons centrales, celles de deuxième classe, est plus souple que celui de certains centres de détention⁸³⁴.

Mais plus loin, on assiste même, dans les dernières années, à l'extension de l'uniformisation de ces régimes à celui applicable dans les maisons d'arrêt. Concernant l'exemple de l'accès au téléphone, le décret du 3 mai 2007 y a œuvré en faveur des condamnés, la loi pénitentiaire a terminé le travail en faveur des prévenus. Reprenant l'expression de Monsieur PECHILLON, on peut finalement voir progressivement émerger un « [...] [alignement de tous les établissements pénitentiaires] *sur ce qu'on pourrait appeler un régime commun, minimum de la détention.* »⁸³⁵, un régime commun effectivement largement travaillé par l'humanisation des prisons mais à l'origine assis sur un certain nombre d'intangibles disciplinaires et administratifs, présents de manière uniforme dans tous les établissements, tels, par exemple, que le fonctionnement du droit disciplinaire ou le régime de la mise à l'isolement administratif.

Comme on le perçoit dans ces différentes descriptions de régimes et malgré l'uniformisation en cours, dans tous les cas le régime connu par le détenu placé dans un de ces

⁸³⁰ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, *op. cit.*, 1998, p. 108

⁸³¹ Alinéa 2 de l'article 449 CPP, étendu aux maisons centrales par le décret du 26 janvier 1983

⁸³² Article D. 405 CPP, mesure étendue aux maisons centrales par le décret du 26 janvier 1983. (Rappelons qu'avec l'entrée en vigueur des deux décrets d'application de la loi du 24 novembre 2009, datés du 23 décembre 2010, l'article D. 405 CPP a été abrogé et (son contenu recodifié, en substance, dans le nouvel article R. 57-8-12 CPP.)

⁸³³ Selon Monsieur TARGE même dans une maison centrale réputée sécuritaire telle que Saint-Maur, il est très difficile d'imposer sur long terme un régime strict de portes fermées. Elles y sont plus fermées, plus longtemps, que dans les autres établissements, mais les surveillants ne peuvent s'opposer de manière ferme et intangible à un regroupement de détenus dans une unité de vie, temporaire. Ainsi qu'il l'explique, « [...] *on est sur de l'humain, [...] sur une capacité* [de la part du détenu à vivre en collectivité, à respecter les grandes règles de la détention] ». Leur dangerosité ne réside en effet pas forcément dans le rapport à l'autre, l'agressivité ou la dégradation, mais plutôt dans « *le soutien extérieur* », la tentative d'évasion ou de mutinerie et la possibilité de mener ce type de projet à bien. Le personnel de surveillance doit garder un mode de gestion humain de la population pénale, des liens peuvent se tisser entre des surveillants et des détenus qui restent enfermés plusieurs années ensemble. Sans compter que, d'une part, rester trop strict et sans concession génère une tension délétère voire dangereuse dans la détention, et que, d'autre part, il est de toute façon peu pertinent et contre-productif, notamment sur un plan socio-éducatif de rester sur une gestion « à portes fermées » qui va infantiliser le détenu. (Entretien du 15 janvier 2010).

⁸³⁴ Sans doute ces centres de détention sont-ils ceux qualifiés de « *centre de détention contraints* » par la Cour des comptes, qui sont notamment dotés d'une sécurité passive renforcée (miradors, murs d'enceinte, filin anti-hélicoptères, surveillance par caméras, etc.) alors même qu'ils demeurent des centres de détention, qui offrent, en terme de sécurité active, des régimes différenciés. (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, p. 33).

⁸³⁵ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, *op. cit.*, 1998, p. 107

lieux dépend encore, dans la théorie, du lieu et non du prisonnier. Pour le dire autrement, le détenu, quels que soient son statut, l'infraction à l'origine de sa peine et la longueur de cette dernière, est soumis au régime attaché au type d'établissement dans lequel il est incarcéré. Les maintiens en attente de transfert vers le CNO ou l'établissement de peines auquel il sera affecté ont donc encore des conséquences non négligeables sur ses conditions de vie puisqu'il reste soumis, le temps de cette attente, à un régime plus strict et dans de moins bonnes conditions que celui auquel sa peine lui ouvre droit : il doit patienter, rappelons-le, en maison d'arrêt. Ce constat est particulièrement vrai lorsque le détenu attend d'être transféré dans un centre de détention. Il en va de même pour les condamnés à des peines totalisant entre trois et cinq ans de prison, qui sont maintenus dans les maisons d'arrêt mais cette fois pour toute la durée de leur peine. Ils ne bénéficient donc pas des structures d'aide à la réinsertion et des conditions permettant de mettre en place et de travailler bien plus sereinement un projet d'exécution de peine débouchant sur de meilleures chances de réinsertion à la sortie. Il en va de même encore pour les détenus qui peuvent aspirer à un placement sous régime de semi-liberté et qui ne se le voient pas octroyer suite au manque de places dans les structures adéquates. La rigidité de la règle du régime en accointance avec l'établissement d'incarcération a d'ailleurs été rappelée à propos de ces derniers par la Cour de Cassation. En effet, dans un avis du 21 novembre 2005, la Haute juridiction rappelle que le juge d'application des peines ne peut pas à la fois prendre une décision de placement en régime de semi-liberté pour un détenu et ordonner le maintien dudit condamné dans un établissement non doté de quartier de semi-liberté ou de quartier pour peine aménagée⁸³⁶.

c - Un affinement de la spécialisation sécuritaire venant se superposer à la spécialisation des établissements : les « régimes différenciés »

L'administration pénitentiaire ne peut se satisfaire de trois grandes catégorisations de détenus entraînant trois types de réponses orchestrées dans trois grands types d'établissements différents⁸³⁷. Elle a pris conscience de la grande diversité des dangers qu'elle a à gérer, la population dont elle a la charge s'étant elle-même diversifiée et lui apparaissant comme de plus en plus massivement problématique : ce ne sont plus quelques individus particulièrement gênants qu'elle a à isoler et traiter individuellement, mais des catégories entières aux profils sociologiques nouveaux pour elle et compliqués qu'elle doit gérer. Un « cocktail [...] détonnant »⁸³⁸ de « jeunes « des banlieues » »⁸³⁹, délinquants sexuels, « délinquants violents et impulsifs »⁸⁴⁰, psychotiques, etc. Une variété de profils parfois peu compatibles, drainant dans tous les cas des difficultés importantes de gestion des individus.

Il lui faut donc, au-delà des catégories d'établissements, et même des sous-catégories en cours de création, élaborer d'autres modes de différenciation de gestion des détenus, appropriés à chaque type de profils. On se retrouve face à deux formes de spécialisations croisées, ne jouant pas sur les mêmes niveaux : tandis que celle jouant sur le type d'établissement d'accueil semble surtout s'intéresser aux nécessités ou non de sécurité périphérique et passive, donc à une dangerosité tournée sur l'évasion – la capacité de soutien extérieur, d'être armé, etc. –, celle jouant sur les régimes différenciés s'axe sur la violence intrinsèque à l'individu, la difficulté à se maîtriser soi-même, etc. La Cour des Comptes voit d'un oeil positif cette mise en application,

⁸³⁶ Cet avis permet, au passage, de souligner la gravité de l'atteinte portée aux enjeux de réinsertion sociale en cause pour de simples questions d'ordre matériel. En effet, faute de pouvoir faire de son ancien établissement d'incarcération, -non doté, comme on l'a vu, des quartiers juridiquement adéquats-, son établissement de rattachement dans le cadre de semi-liberté, le détenu va devoir abandonner cette opportunité, toutes les prisons adaptées à ce régime d'aménagement de peine se trouvant trop loin du lieu de travail pressenti. Or, dans l'affaire en question, cela remet en cause l'octroi, en aval, d'une liberté conditionnelle. (En effet, pour certaines condamnations, notamment les condamnés à une période de sûreté supérieure à quinze ans, l'article 720-5 CPP impose une période de semi-liberté, obligatoire, à titre probatoire, avant l'octroi d'une éventuelle libération conditionnelle.)

⁸³⁷ On prend ici la classification simple : maisons d'arrêt, maisons centrales, centres de détention répondant aux catégories prévenus, condamnés dangereux, condamnés moins ou peu dangereux

⁸³⁸ M. HERZOG-EVANS, « La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, 2010, p. 37

⁸³⁹ *Idem*, p. 37

⁸⁴⁰ *Idem*, p. 37

selon elle, des RPE⁸⁴¹.

La différenciation des régimes paraît ainsi le salut pour faire le tri entre le bon grain et l'ivraie, les calmes et les agités, ceux capables de gérer une relative liberté de mouvement et d'organisation de leur temps et ceux à maintenir enfermés, sous un régime moins libéral. Il s'agit en réalité d'une véritable technique de classification des détenus en fonction de leur personnalité notamment, et d'adaptation d'un régime de détention plus ou moins strict en fonction de cette évaluation. Une opération qui s'effectuerait sous couvert de l'individualisation du régime d'exécution de la peine voire du parcours d'exécution de peine, intéressant projet permettant une gestion au long cours et progressive du temps de peine dans un but de réinsertion donc tourné vers la sortie. Ce dernier pourrait en effet s'intégrer dans ce parcours de régimes différenciés, faisant évoluer le détenu parmi eux en fonction de l'évolution de sa dangerosité, de son comportement, de ses projets sans doute aussi.

Le principe de cette différenciation de régime est déjà instauré, quoiqu'uniquement dans les centres de détention⁸⁴², jusqu'à présent organisé par une simple circulaire de 2002 et reprécisé par une note du 20 juillet 2009 qui leur donne vocation « [...] à s'appliquer à terme à l'ensemble des établissements pénitentiaires »⁸⁴³. Il obtient un support législatif par la loi du 24 novembre 2009 permettant la généralisation du procédé à tous les établissements pour peines⁸⁴⁴ : l'article 717-1 CPP indique que « [le] régime de détention est déterminé en prenant en compte leur personnalité, leur santé, leur dangerosité et leurs efforts en matière de réinsertion sociale. » et tient à préciser que « [l]e placement d'une personne détenue sous un régime de détention plus sévère ne saurait porter atteinte aux droits visés à l'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 pénitentiaire »⁸⁴⁵. Le système est à double tranchant : il peut autant évoluer vers une politique plus sécuritaire et revenir à la ségrégation et aux détériorations individuelles de personnes que l'institution enfonce dans la désocialisation et dont elle compromet ainsi la réussite de la sortie, qu'il peut aller vers une différenciation permettant aux détenus de bonne conduite et de bonne volonté de se sortir du carcan trop sécuritaire et inadapté à leur comportement⁸⁴⁶. Ainsi, alors que le Gouvernement met en avant « l'individualisation du régime de détention »⁸⁴⁷, appuyé en premier lieu sur « [...] la personnalité du détenu [...] » et véritable encouragement à la réinsertion ainsi que la possibilité de « [...] faire évoluer [ce régime] en fonction de leur conduite en détention, de leur volonté de se réinsérer socialement, de leur capacité à évoluer »⁸⁴⁸, des auteurs doctrinaux comme Martine HERZOG-EVANS craignent l'application de cette politique aux détenus dont le comportement ne sied pas aux cadres institutionnels et voient dans le système une fausse individualisation raisonnant par catégorisation. Le Gouvernement argue de la liberté que lui laisse le procédé de ne pas appliquer le régime le plus sécuritaire à tout un établissement voire à toute une catégorie d'établissements au prétexte que seuls quelques individus le nécessitent. Madame HERZOG-

⁸⁴¹ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », *op. cit.*, 2010, p. 33

⁸⁴² On l'a évoqué avec l'harmonisation des régimes, cf. *supra* pp. 218-220

⁸⁴³ Note du 20 juillet 2009, « Modalités de mise en oeuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires », non publiée

⁸⁴⁴ L'article 8717-1 remanié par l'article 89 ne traite pas, en effet, des maisons d'arrêt, pour lesquelles, en l'état actuel de la situation de surpopulation, il serait effectivement plus difficile d'en faire application, comme le souligne la Cour des comptes. Néanmoins, elle relève quelques cas de ces structures qui appliquent des régimes assouplis dans leurs quartiers consacrés à la réinsertion, comme ce peut être le cas à la maison d'arrêt du centre pénitentiaire de Metz, où le quartier de préparation à la sortie connaît un régime de « portes ouvertes » en journée. (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, p. 34)

⁸⁴⁵ Nouvelle rédaction de l'article 717-1 CPP, issue de l'article 89 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁸⁴⁶ Comme cela avait pu s'observer avec la circulaire JUSE 9040078 C du 22 octobre 1990 « Régime des établissements du programme 13 000 affectés à l'exécution des courtes peines » profitant de l'ouverture de ces nouveaux établissements pour instaurer une différenciation de régime visant à assouplir celui en vigueur dans les établissements pour peine en fonction du comportement du détenu (entretien téléphonique avec M. HERZOG-EVANS, 24/6/2010)

⁸⁴⁷ Projet de loi pénitentiaire présenté au Sénat le 23 juillet 2008, « explication sur l'article 51 », [en ligne], site du Sénat, <http://www.senat.fr/leg/pjl07-495.html>, consulté le 19/7/2010

⁸⁴⁸ *Idem*

EVANS réplique par le recul des régimes assouplis dont on saluait l'installation généralisée dans les détentions, qu'elle voit notamment dans la note de 2002 et qu'on retrouve dans celle de 2009 ; dans le même sens, Monsieur CERE souligne l'arbitraire latent dans un régime aussi peu défini dans son contenu et « [...] *l'absence de garanties qui en découlent pour le détenu.* »⁸⁴⁹. Ce dernier auteur est rejoint par le Comité contre la torture de l'ONU qui, dans son rapport d'avril 2010 sur la situation française, se dit préoccupé par l'instauration de cette différenciation de régime s'appuyant sur « [...] *des critères subjectifs, tels la personnalité ou la dangerosité* [...] » et qui laisse ainsi une « [...] *[trop] vaste discrétion* [...] » à l'administration pénitentiaire⁸⁵⁰. Quant au Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, il semble également n'en faire qu'une lecture négative, affirmant dans son *Memorandum* de 2008 qu'il veillerait à ce que l'instauration de tels régimes ne soit pas légalisée⁸⁵¹. De toute évidence, il place derrière cette expression uniquement des régimes discriminatoires très contraignants tels que celui lié au classement « DPS », un régime focalisant les plus vertes remontrances de la part de l'autre instance de contrôle internationale importante qu'est le CPT⁸⁵².

Si l'on choisit une lecture inquiète de l'instauration de cette différenciation de régime, on peut alors appréhender différemment l'article 22 de la loi et la liste des causes de restrictions qui peuvent suggérer l'ouverture d'une voie laissant les coudées franches à l'administration pour rédiger les règles propres à ces régimes plus durs, ces restrictions pouvant tenir compte de la personnalité du détenu. Un pouvoir de rédaction qu'elle obtient par la biais de l'article 728 CPP, issu de l'article 86 de la loi du 24 novembre, et qui lui permet, selon ce même article, de fixer librement « [...] *les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires.* ». Carte blanche lui est laissée pour mettre en place à sa guise et avec la bénédiction de la loi des régimes différenciés au sein de ces structures. C'est donc sur une nouvelle échelle de spécialisation, moins visible, que joue désormais l'administration pénitentiaire afin de gérer ses détenus et, éventuellement, avant de se préoccuper de leur réinsertion. Mais ce qui peut surtout interroger le juriste, tout impartial qu'il soit sur la question, est ce rejet opposé par le Gouvernement à la Commission des lois du Sénat sur sa proposition d'obligation de motiver la décision de placement d'une personne détenue sous un régime de détention plus sévère. Une telle attitude souligne la volonté de l'administration pénitentiaire de conserver une marge de pouvoir discrétionnaire dans ses décisions de gestion de la population pénale. Cette motivation aurait-elle été un ajout complexifiant inutilement la procédure comme l'affirme la ministre ? On peut en douter dans la mesure où il ne s'agissait pas de soumettre la décision *a priori* à une autre instance de contrôle, mais uniquement d'exiger une justification rationnelle et expliquée de la décision ; un élément qu'il serait de toute façon nécessaire d'apporter au détenu intéressé si l'on souhaite donner une résonance éducative, et ainsi offrir davantage de profondeur à cette décision, ou à tout le moins prouver à ce détenu qu'on le considère comme un usager sujet du service public pénitentiaire et non comme un objet décervelé. Dans tous les cas, la décision peut toujours être soumise au juge administratif, qui a montré déjà sa volonté de connaître de telles décisions⁸⁵³. Martine HERZOG-EVANS analyse cette recherche de marge de manoeuvre discrétionnaire comme une réponse de l'administration pénitentiaire au retrait progressif par le juge administratif de nombreux pans du domaine des mesures d'ordre intérieur, domaine qui lui garantissait une large latitude d'appréciation de sa gestion des populations pénales : après les sanctions disciplinaires, l'isolement, les rotations de

⁸⁴⁹ J.-P. CERE, « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJP* 2009, p. 476

⁸⁵⁰ COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observations finales du Comité contre la Torture. France*, [en ligne], 44e session, 26 avril-14 mai 2010, p. 9, § 27

⁸⁵¹ Th. HAMMARBERG, *Mémoire de Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], Strasbourg, 2008, 67 p. Disponible via le portail du Conseil de l'Europe, novembre 2008, p. 7, § 23

⁸⁵² Cf. CPT, *Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectuée en [...] du 27 septembre au 9 octobre 2006*, [en ligne], *op. cit.*, 2007, critiques émises non directement sous le chapeau du régime « DPS » mais à l'encontre des diverses mesures prises à l'encontre de ces détenus, telles que les rotations de sécurité et les fouilles de sécurité notamment (§ 166-169, pp. 70-72)

⁸⁵³ TA Bordeaux, 14/5/2009, req. n° 0704553, *AJP*, 2009, pp. 323-325, obs. M. HERZOG-EVANS et CAA Bordeaux, 18/11/2008, req. n° 07BX01485, *Recueil Dalloz*, 2009, Panorama, p. 1378, obs. E. PECHILLON

sécurité⁸⁵⁴ et, partiellement, les transferts, dont elle a ainsi perdu la maîtrise incontrôlée, elle se rabat sur un nouveau procédé dont elle exige la maîtrise totale ; un besoin caractéristique des « institutions fermées de la sécurité » (prison, police, etc.), recherchant en primeur la rapidité de la réponse, l'efficacité administrative et la liberté d'utilisation.

Quant au contenu de ce type de régime, il se fonde principalement sur des points de la vie courante, « [...] les modalités concrètes de prise en charge des détenus en fonction du degré d'autonomie qui peut leur être accordée »⁸⁵⁵, notamment la capacité de déplacement seul dans la détention (fermeture des portes, accompagnement pour aller en activité, possibilité de prendre ses repas avec des codétenus, etc.). Martine HERZOG-EVANS y voit donc d'autant moins d'intérêt que l'instauration de ces régimes ne correspondra pas à la mise en place de traitements criminologiques, de programmes cognitivo-comportementaux, d'offres de soins ou éducatives tels qu'on peut en trouver en Angleterre ou au Canada et qui cherchent à réellement travailler sur l'infraction et sur la prévention du crime eu égard à un public catégoriel précis.

A côté de cette spécialisation officielle et légalisée, les contraintes administratives amènent à un affinement supplémentaire de la spécialisation des établissements pour peine, cette fois non-acté ou retiré du Code de procédure pénale.

◇ C) Une spécialisation officielle parallèle

En effet, jusqu'à la modification du Code de procédure pénale de 1994, l'article 718 mentionnait l'existence notamment de « prisons-hospices » et renvoyait, pour les détenus psychopathes, à des « établissements pénitentiaires appropriés » à leur hospitalisation⁸⁵⁶. En premier lieu, il est nécessaire de se souvenir qu'avant 1994, la médecine en prison n'était pas délivrée par le service public hospitalier mais par des médecins employés à la vacation par l'administration pénitentiaire. En conséquence, ce qui est aujourd'hui en principe généralisé, à savoir l'accès aux soins y compris de longue durée, devait nécessairement faire l'objet, au moment de la rédaction de la première mouture de cet article, en 1959, de dispositions particulières. Ainsi, un sanatorium recevant également les malades chroniques incarcérés et les détenus âgés est ouvert en 1936. Il cesse sa fonction de sanatorium en 1973 mais fait toujours office de prison pour personnes âgées, parfois grabataires⁸⁵⁷. Quant à l'hôpital pénitentiaire de Fresnes⁸⁵⁸, structure substituée à l'Infirmierie centrale des prisons de la Seine créée en 1898 en même temps que la prison fresnoise, il était la seule structure à la fois hospitalière et pénitentiaire. Les détenus nécessitant une hospitalisation y étaient envoyés. Avec la réforme de 1994 sur la santé en prison puis, depuis 2004⁸⁵⁹ et la création d'Unités Hospitalières Sécurisées Interrégionales (UHSI) couvrant l'ensemble du territoire français, l'existence de cette structure perd de son importance. Elle semble aujourd'hui appelée à disparaître⁸⁶⁰, d'autant que l'état de ses locaux, vétustes, ne permet plus de répondre correctement à une activité sanitaire de qualité, qui se fait elle-même plus rare⁸⁶¹.

⁸⁵⁴ Arrêt CE, Ass., 14/12/2007, « M. PAYET », req. n° 306432, *RFDA*, 2008, p. 108

⁸⁵⁵ Note du 20 juillet 2009, « Modalités de mise en oeuvre des régimes différenciés au sein des établissements pénitentiaires », non publiée

⁸⁵⁶ Aujourd'hui, ces établissements ne sont plus mentionnés, au titre de leur spécialisation, dans les textes officiels.

⁸⁵⁷ « A Liancourt, l'établissement pénitentiaire comme maison de retraite », *Le Figaro.fr*, 16/5/2006, [en ligne], http://www.lefigaro.fr/france/20060516.FIG000000042_a_liancourt_1_etablissement_penitentiaire_comme_maison_de_retraite.html, consulté le 13/9/2009. Ceci dit, cet établissement appartient à la liste des établissements vétustes appelés à fermer dans les prochaines années, normalement d'ici à 2017 (cf. *Le courrier picard*, 29/3/2010, [en ligne], <http://www.courrier-picard.fr/courrier/Actualites/Info-regionale/La-vieille-prison-compte-ses-annees>, consulté le 29/6/2010).

⁸⁵⁸ Aujourd'hui Etablissement Public de Santé National de Fresnes (EPSNF) depuis 1985, il est désormais sous la double tutelle de l'Administration Pénitentiaire et de la Direction de l'Hospitalisation et des Soins (DHOS).

⁸⁵⁹ Date de l'ouverture de la première UHSI, à Nancy.

⁸⁶⁰ AFP, « L'hôpital de Fresnes fermerait en 2012 », *Le Figaro.fr*, du 10/4/2008, [en ligne], <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2008/04/10/01011-20080410FILWWW00513-l-hopital-de-fresnes-fermerait-en-.php>, (consulté le 13/9/2009)

⁸⁶¹ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel* 2008, [en ligne], Paris, La documentation française, février 2008, pp. 537-547. Disponible via le portail de la Documentation française

Enfin, le quartier « maison centrale » de Château-Thierry est réputé pour être spécialisé dans l'accueil et la prise en charge des détenus autrefois dits psychopathes, aujourd'hui pour « *les longues peines présentant des troubles psychiatriques* »⁸⁶². Il a d'ailleurs été classé « Maison Centrale de Santé » en 1986 et une note de l'administration pénitentiaire du 5 mars 2001 précise bien sa vocation toute particulière : officiellement la « *réadaptation à la détention ordinaire* »⁸⁶³. Elle ne reçoit ses hôtes, qui doivent forcément avoir un reliquat de peine supérieur ou égal à dix-huit mois, que sur proposition médicale, ou sur demande de l'intéressé, mais avec attestation par le médecin que la personne ne relève ni de l'HO ni du SMPR. Il s'agit en réalité de détenus relevant d'HO à répétition et ne parvenant pas à être stabilisés par les SMPR. En transférant ces détenus là-bas, on cherche à casser cette répétition sans fin par une véritable prise en charge propre à ce type de troubles. Les séjours ne s'éternisent d'ailleurs pas forcément dans le temps, la moitié durant moins de six mois, quoique, comme dans les hôpitaux psychiatriques, on y trouve également des détenus accueillis dans ce cadre depuis plusieurs dizaine d'années⁸⁶⁴. Il s'agit en réalité d'une prison tout à fait singulière, dont les « murs » et le personnel sont dotés d'une pratique particulière, d'une attitude envers les détenus tenant autant du soignant que du pénitentiaire, une véritable prise en charge, malgré l'uniforme et la présence en parallèle d'infirmiers. Une patience toute particulière est observée dans le comportement de ce personnel eu égard aux passages à l'acte des détenus, une plus grande compréhension de la psychologie de l'individu dont ils ont la garde. Même les activités développées diffèrent de celles que l'on trouve dans les autres établissements. C'est cette attitude du personnel pénitentiaire, propre à ce lieu, qui en fait un établissement unique, au-delà de l'intervention éventuellement plus intense du secteur psychiatrique. Un établissement appelé à perdurer malgré la création des UHSA, si l'on en croit un certain nombre de professionnels du monde pénitentiaire, eu égard au nombre extrêmement congru de places dans ces nouvelles structures prévues par rapport aux besoins réels de l'institution pénitentiaire⁸⁶⁵.

Par ailleurs, certains établissements présentent des particularités quant au régime de détention : en pendant des quelques maisons centrales réputées pour être plus sécuritaires que les autres⁸⁶⁶, les centres de détention de Mauzac, Bédénac ou de Casabianda sont beaucoup plus libéraux que le commun des établissements. Casabianda, est le seul centre de détention français dit « ouvert », c'est-à-dire sans murs⁸⁶⁷, tandis que Mauzac ou Bédénac restent des centres fermés, mais axés sur le travail autant *extra* qu'*intra muros*. Autant dire qu'ils mettent en oeuvre

⁸⁶² MINISTERE DE LA JUSTICE, « Annuaire et contacts », [en ligne], site du Ministère de la Justice, <http://www.annuaire.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10113&ssrubrique=10124&article=10727>, 15/12/2006, (consulté le 13/9/2009)

⁸⁶³ Ph. GOJON et Ch. GAUTHIER, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, [en ligne], Sénat n°420 (session 2005-2006), 22 juin 2006, p. 27. Disponible *via* le site du Sénat.

⁸⁶⁴ Ph. GOJON et Ch. GAUTHIER, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, [en ligne], Sénat n°420 (session 2005-2006), 22 juin 2006, p. 28

⁸⁶⁵ Dans le cadre d'un raisonnement pragmatique, Monsieur TARGE fait le calcul suivant : sur le centre pénitentiaire de Nantes, par exemple, on compte, une dizaine de détenus « *psychotiques décompensés, en crise, non gérés par la psychiatrie* ». Ce nombre doit s'ajouter aux personnes « *gérées par la psychiatrie* », c'est-à-dire, notamment, les personnes bénéficiant d'une HO, soit 4 à 5 au minimum de manière constante. Le nombre total de personnes éligibles à l'UHSA pour le centre pénitentiaire de Nantes serait donc déjà d'une quinzaine à une vingtaine de personnes. Or l'UHSA prévue pour balayer toute la région Grand-Ouest (comprenant également notamment les centres de Rennes et de Caen, deux autres centres importants) doit offrir 40 places d'hospitalisation. (Entretien avec Monsieur Boris TARGE, 15 janvier 2010).

⁸⁶⁶ On cite en général, dans ce cadre, les maisons centrales d' Arles, Clairvaux, Lannemezan, Moulins et Saint-Maur.

⁸⁶⁷ La Chancellerie semble songer à créer de nouveaux centres de détention complètement ouverts à l'instar de celui de Casabianda, suivant les préconisations du rapport de Paul-Roger GONTARD, *Le régime ouvert de détention peut-il être étendu dans le champ pénitentiaire français ?*, ([en ligne], Paris, Ministère de la Justice et des libertés, mars 2010, pp. 163-167. Disponible *via* le site de la Documentation française), (*source de l'information* : COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, pp. 140-141).

des modes de resocialisation des prisonniers réservés à des condamnés triés sur le volet. On peut remarquer que ce type d'établissements, qui exigent une certaine discipline personnelle et une stabilité de caractère de la part des détenus, renferment en majorité des délinquants sexuels, des personnes en général socialement bien intégrées, qui s'avèrent donc des détenus sans problèmes et respectueux de la règle. Preuve s'il en est que, même si la spécialisation des établissements ne repose plus sur le type d'infraction, les critères cumulés sur lesquels sont décidées les affectations ramènent en général les mêmes types de délinquants dans les mêmes établissements. La gestion administrative est rattrapée par l'approche pénale.

La politique gouvernementale est aujourd'hui de toute évidence axée sur la spécialisation des établissements en fonction des profils des détenus et de leur dangerosité, imprimant ainsi à grande échelle la logique de régimes différenciés⁸⁶⁸. Cela est déjà évident dans les lignes de conduite actuelles et est clairement affirmé par la Cour des comptes qui encourage la poursuite de ce mouvement⁸⁶⁹. Mais une telle stratégie d'essence fortement sécuritaire – c'est le cas des établissements rares et éparpillés sur le territoire qui vont principalement poser le problème – va, de toute évidence, être difficile à concilier avec la politique d'affichage très sociale de l'attention renforcée à l'égard du maintien des liens familiaux. Une position néanmoins parfaitement assumée, selon Madame HERZOG-EVANS, par l'administration pénitentiaire qui en appelle au dilemme dans lequel les pouvoirs politiques et l'opinion publique la placent : il lui est demandé de remplir une mission d'abord de sécurité publique prise dans son acception la plus frustrée, elle sacrifiera donc le rapprochement familial sur l'autel de cette politique, les deux étant incompatibles dans le schéma stratégique dans lequel on s'engage⁸⁷⁰.

En sus de cette spécialisation par établissements, est organisée à l'intérieur de chacun une seconde spécialisation, par quartiers. Sans doute aussi vieille que la prison pénale pour le quartier disciplinaire, cette segmentation de l'espace est beaucoup plus nouvelle pour des lieux comme les « quartiers arrivants ». Se mêle en réalité ici ou bien une justification disciplinaire ou de maintien du bon ordre dans l'établissement pour certains, ou bien d'humanisation de la prison pour d'autres.⁸⁷¹

§ 2. La spécialisation interne aux établissements, par quartiers

L'objectif de cette spécialisation de différentes zones de chaque établissement pénitentiaire vise à la séparation, l'isolement des individus les uns par rapport aux autres, justifiés par des motivations hétéroclites mais spécifiques à chacun et, en théorie, non interchangeables, même si en pratique l'application de cette règle a réputation à être assez laxiste. Les quartiers de haute sécurité, disparus à l'heure actuelle, ont été représentatifs de cette ségrégation organisée, dans leur cas, pour des motifs sécuritaires (a). Leur étude ouvre directement sur le quartier d'isolement, actuellement contesté, quartier le plus multi-fonctionnel du point de vue des motivations des placements, et qui peut tendre à remplacer les QHS (b). Un quartier à par contre nettement distinguer de l'emblématique quartier disciplinaire (c).

Au-delà de ces trois quartiers tournés vers la gestion au long cours de la détention, le « quartier arrivant » est lui, un passage obligé mais aussi temporellement et temporairement très ciblé (d). Quant aux « quartiers nouveaux concepts », ils ramènent à une logique de spécialisation en fonction de l'infraction, une approche *a priori* purement pénale de la gestion

⁸⁶⁸ Par contre, selon Martine HERZOG-EVANS, une telle spécialisation ne chercherait pas à ouvrir sur des offres de traitements réels, *via* des programmes cognitivo-comportementaux et criminologiques tels qu'on peut en trouver dans d'autres pays comme l'Angleterre ou le Canada. Il s'agit uniquement de mieux gérer des personnes aux profils différents donc nécessitant des réponses sécuritaires différentes.

⁸⁶⁹ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », op. cit., 2010, p. 34 et recommandation p. 42

⁸⁷⁰ Martine HERZOG-EVANS, entretien téléphonique du 24/6/2010

⁸⁷¹ Nous n'aborderons pas ici le régime progressif, qui est resté à l'état d'expérimentation dans quelques maisons centrales et n'a ainsi jamais abouti à une véritable politique publique concernant l'ensemble du territoire français.

des populations (e).

◇ a) *Les Quartiers de haute sécurité*

L'évocation des « Quartiers de Haute Sécurité » (QHS) forme, au préalable, une transition historique entre spécialisation des établissements et spécialisation à l'intérieur des établissements. En effet, ces quartiers, créés lors de la Réforme de mai 1975⁸⁷², dans le cadre de l'organisation d'une meilleure correspondance entre régimes carcéraux et profils des détenus, formaient des enclaves sécuritaires dans les établissements pour peine – où ils étaient dénommés « Quartiers de Sécurité Renforcée » (QSR). Une circulaire du 30 décembre 1975 est venue créer leurs parallèles dans les maisons d'arrêt, sous le titre de « quartiers de plus grande sécurité » (QPGS). Mais n'ayant été instaurés que dans un certain nombre d'établissements pénitentiaires⁸⁷³, leur existence spécialisait partiellement leur prison d'accueil. Une spécialisation contradictoire, en un sens, avec l'objectif recherché : par son choix de l'instauration de quartiers dans des établissements préexistants et non de la création d'établissements spécifiques ultra-sécuritaires, la France avait justement fait le choix d'une non-spécialisation pour éviter une trop grande concentration d'individus extrêmement dangereux. Une mesure de prudence rattrapée malgré tout par les conséquences intrinsèques à la dimension sécuritaire recherchée dans ces nouvelles créations : elles nécessitaient inévitablement une spécialisation et un renforcement des mesures de sécurité, y compris architecturales, qui n'avaient pas de raison d'être instaurés dans chaque maison centrale, surtout eu égard aux investissements financiers que l'aménagement de tels quartiers ont dû entraîner.

En théorie réservés à des détenus considérés comme particulièrement dangereux pour la société et pour l'ordre et la sécurité de leur établissement, ces quartiers avaient fini par accueillir des individus ayant commis des entorses légères à la discipline carcérale. Or ce dévoiement rendait foncièrement inacceptable une situation matérielle qui l'était déjà amplement : la vie dans les QHS⁸⁷⁴ était fondée sur l'isolement presque total. Ainsi que le décrit un haut fonctionnaire de l'Administration pénitentiaire⁸⁷⁵ à l'Assemblée Générale de la Société générale des prisons et de la législation criminelle, en 1980, le régime de ces lieux « [...]est identique à celui des maisons centrales [...] sous les réserves [...] tenant à la sécurité »⁸⁷⁶. Or, c'était bien dans ces détails et dans les quelques « [...] mesures particulières de sécurité [...] prises tant dans l'aménagement des locaux que dans les contrôles et la surveillance des personnes et des équipements »⁸⁷⁷ que se nichait l'inhumain du traitement. En premier lieu, le règlement intérieur type des QPGS proscrivait, par exemple, l'accumulation d'achats de cantine, qu'il s'agît de vivres ou de cigarettes, de conserver un journal plus de trois jours, d'accrocher au mur, sur la porte ou sur le placard, même, photographies ou affiches ; des mesures dans lesquelles on peut chercher l'exigence sécuritaire absolue et qui « [...] s'apparent[ai]ent [plutôt, comme le faisait remarquer Franck MODERNE commentant l'arrêt CAILLOL et reprenant l'analyse du Commissaire du Gouvernement GENEVOIS] à des moyens de pression indirects [...] »⁸⁷⁸, surtout quand il s'agissait de prévenus desquels on pouvait espérer soutirer des aveux. Psychiatres et experts médicaux ont pu établir qu'un isolement trop prolongé et trop « total » d'un individu humain peut amener des troubles psychiques parfois graves. Or ces quartiers renferment, parfois plusieurs années, des personnes qui n'avaient plus comme contact que celui des surveillants, éventuellement, aux dires du représentant de l'administration pénitentiaire, des activités collectives, mais uniquement par groupes restreints de détenus⁸⁷⁹ et éventuellement des visites,

⁸⁷² Décret n° 75-402 du 23 mai 1975 « modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (3e partie : Décrets »

⁸⁷³ En tout cas pour les QHS des maisons centrales.

⁸⁷⁴ Terme générique utilisé pour désigner à la fois les QHS et les QSR.

⁸⁷⁵ Il s'agit de Monsieur SEBIRE, à l'époque chef de la division de de l'exécution des peines au ministère de la Justice

⁸⁷⁶ P. SEBIRE, « Les quartiers de sécurité renforcée » dans le cadre de l'Assemblée Générale de la Société générale des prisons et de la législation criminelle du 8 novembre 1980, *RPDP*, 1981, p. 17

⁸⁷⁷ *Idem*

⁸⁷⁸ F. MODERNE, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale. Observations sur une « jurisprudence immobile » », sur l'arrêt CE, Ass., 27/1/1984, « CAILLOL », *RFD, A*, 1984, p. 191

⁸⁷⁹ Ces groupes ne devaient pas comporter plus de cinq détenus.

mais, bien entendu, dans un parloir doté d'un dispositif de séparation. Les contacts restaient à tout le moins réduits puisque, d'une part, Monsieur SEBIRE précise que les repas devaient être distribués « [...] *par le personnel sans intervention des détenus* »⁸⁸⁰ et qu'aucun lien ne devait s'établir avec les prisonniers des autres quartiers et que, d'autre part, Monsieur CHOQUET⁸⁸¹ évoque la réalité de la vie en QSR en termes de « [...] *peu de travail, [d]es rencontres par deux ou trois personnes au maximum en général, l'isolement en cellule pendant un temps assez long et surtout, [un] pare-vue qui restreint le champ visuel [...]* » Une situation dénoncée dans son ensemble comme « [...] *entraîn[ant] le détenu à vivre dans l'imaginaire et favoris[ant] le délire* »⁸⁸². Le psychiatre va même jusqu'à préciser que les cas de détenus en QHS qui l'inquiétaient le plus étaient ceux qui appréciaient ce régime. Il est apparu, en réalité, qu'outre la mise en danger de la santé mentale du détenu, le passage en QHS radicalisait leur haine à l'égard de la société et surtout, leur donnait une aura supplémentaire à l'égard des autres détenus lorsqu'ils revenaient en détention normale. Piégés dans une image qu'ils n'avaient pas forcément voulue, ils se sentaient obligés de la tenir. En un mot, pour reprendre ceux de Monsieur CHOQUET, « [...] *QHS étaient donc plutôt criminogènes qu'autre chose.* »⁸⁸³ et ont finalement été supprimés, dans les maisons centrales, par un décret du 26 février 1982⁸⁸⁴, dans les maisons d'arrêt, par une circulaire du 11 juin 1982⁸⁸⁵.

La présentation de ces QHS ouvre directement sur l'étude du premier quartier particulier présent dans toute prison française, maison d'arrêt comme établissement pour peine : le quartier d'isolement. En effet, nombre d'auteurs estiment que les anciens placements en QHS sont remplacés aujourd'hui par une mesure de mise à l'isolement administratif. D'après Martine HERZOG-EVANS, l'existence du quartier d'isolement a même été le prétexte pour faire accepter la suppression des QHS⁸⁸⁶. Cette dernière prend dans ce cadre un sens premier de durcissement du régime de détention qui n'est pas sa vocation première, mais qui reste apparemment la plus fréquente.

◇ b) *Le quartier d'isolement*

L'isolement peut être préconisé dans trois cas⁸⁸⁷, dont deux seulement relèvent du régime administratif de l'isolement décidé par l'administration pénitentiaire⁸⁸⁸ : dans un objectif de

⁸⁸⁰ P. SEBIRE, « Les quartiers de sécurité renforcée », *op. cit.*, 1981, p. 17

⁸⁸¹ Psychiatre au QHS de Lisieux

⁸⁸² J.-P. CHOQUET, « Les quartiers de sécurité renforcée » dans le cadre de l'Assemblée Générale de la Société générale des prisons et de la législation criminelle du 8 novembre 1980, *RPDP*, 1981, p. 22

⁸⁸³ J.-P. CHOQUET, « La suppression des Q.H.S. », *RPDP*, 1983, p. 34

⁸⁸⁴ Décret n° 82-191 du 26/2/1982 « supprimant le second alinéa de l'article 70-1 du Code de procédure pénale relatif aux établissements ou quartiers haute sécurité »

⁸⁸⁵ Circulaire du 11 juin 1982

⁸⁸⁶ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 459

⁸⁸⁷ On laisse de côté ici l'isolement dû à la sanction disciplinaire, qui ne relève pas du régime du placement à l'isolement mais précisément, du régime disciplinaire et de ses sanctions aux infractions et qui est étudié par la suite de manière spécifique.

⁸⁸⁸ Le troisième cas est l'isolement prescrit par l'autorité judiciaire, qui se décline aujourd'hui sous deux formes : en premier lieu, l'isolement « par prescription judiciaire », est une mesure judiciaire ordonnée parfois dans le cadre d'une détention provisoire par le juge d'instruction. (articles D. 56 et s. du CPP). Il reste un isolement « léger » par rapport à la complétude de la mesure d'isolement administratif. Par contre, et en second lieu, on notera que la loi du 24 novembre 2009 crée un isolement « judiciaire » au plein sens du terme cette fois, car décidé par le juge chargé de l'instruction de l'affaire ou le JLD, ne concernant donc que les prévenus, et qui pourra s'étendre durant tout le temps de la détention préventive si ces juges l'estiment utile pour les nécessités de l'information. Un pouvoir qui peut paraître particulièrement exorbitant au moment même où la loi imprime sous le sceau législatif un encadrement plus précis et rigide, en terme de durée, pour l'isolement administratif ; en effet, si, la détention provisoire ne doit normalement pas se prolonger au-delà de deux ans pour des cas où la peine encourue est inférieure à vingt ans, elle peut par contre atteindre des durées de trois voire quatre ans pour des affaires dites complexes ... Ce sont donc des durées sur lesquelles on peut réellement craindre une atteinte à l'intégrité psychique, notamment, de l'intéressé, sans compter une forte désocialisation, tout ce contre quoi tente de lutter l'imposition de bornes temporelles pour l'isolement dit « administratif ». Un recours devant le président de la chambre d'instruction doit d'ailleurs permettre de contrôler cette décision, y compris, depuis 2008, lorsque ce placement est opéré en urgence et provisoire. Ces deux isolements, et surtout le second, ont néanmoins été retirés de notre étude dans la mesure où ces placements ne peuvent être intégrés dans une éventuelle stratégie de

protection de l'ordre et de la sécurité au sein de la prison, en écartant tout détenu susceptible de monter des frondes contre l'administration de l'établissement ou particulièrement enclin aux évasions⁸⁸⁹, mais aussi, d'autres fois, dans un but de protection du détenu lui-même, ce dernier appartenant à des catégories de délinquants particulièrement honnies ou prises comme boucs émissaires par les autres détenus (en particulier policiers ou anciens représentants de l'ordre délinquants, personnes célèbres, délinquants sexuels). Le placement peut ainsi être demandé par le détenu autant qu'imposé par l'administration pénitentiaire. La demande de la part du détenu est formulée notamment lorsque le détenu souhaite engager des études et qu'il a besoin de calme pour le travail intellectuel que cela requiert (ce qui s'éloigne de l'idée de sécurité mais n'est pas refusé par le Code de procédure pénale) ou encore lorsqu'il se sent en insécurité au milieu des autres prisonniers⁸⁹⁰. Cette voie traditionnelle de mise à l'isolement peut être qualifiée d'« isolement administratif », pour reprendre l'expression de Martine HERZOG-EVANS, puisque la mesure est décidée par l'administration pénitentiaire en la personne du chef d'établissement.

Si, jusqu'en 2003, la décision de mise à l'isolement administratif était considérée comme une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours pour excès de pouvoir, son statut depuis le fameux arrêt « *REMLI* »⁸⁹¹ a changé, le Conseil d'État y acceptant enfin que la justice administrative en connaisse. Ce revirement est symptomatique du caractère ambigu de la mesure de placement à l'isolement et, soit dit en exergue, de l'évolution de l'attention portée par les juridictions à la nuance entre le paraître et l'être de la règle du droit appliquée, notamment en prison : à l'époque de cet arrêt, l'article D. 283-2 du CPP affirmait que les détenus qui faisaient l'objet de cette mesure étaient « [...] *soumis au régime ordinaire de la détention*. ». Or il est notoire qu'au contraire, le placement à l'isolement amène, par essence, des altérations importantes du régime de vie des détenus. C'est d'ailleurs ce que reconnaît explicitement la

l'administration pénitentiaire quant à la gestion de son ordre interne et de ses détenus : le placement lui est imposé de l'extérieur, pour des raisons bien spécifiques touchant à l'instruction d'une affaire. (cf. les nouveaux articles 145-4-1 CPP issu de la loi et R. 57-5-1 à R. 57-5-8 CPP issus du décret n°1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) »)

⁸⁸⁹ Les Détenus Particulièrement Signalés ou DPS sont les premières cibles de la mise à l'isolement dans ses conditions les plus sévères. Ce sont, au départ, des individus qui appartiennent au grand banditisme, puis la catégorie s'est ouverte à tous les détenus « *contestataires ou indisciplinés* » (expression de J.-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, « Prison », *Répertoire pénal*, Paris, Dalloz, 2006, p. 21, § 93) que l'administration pénitentiaire estime dangereux pour l'ordre public, notamment eu égard à leur potentialité d'évasion. Il faut noter que le label « DPS », création remontant à 1967, était une création, à l'origine policière pour lutter contre le grand banditisme. L'inscription sur ce fichier est un acte discrétionnaire donc insusceptible de recours et qui n'est donc pas toujours le fait de l'administration pénitentiaire. Il semble que ce régime, et les procédures d'inscription ou retrait du fichier, soient fixés par une note interministérielle du 19 mai 1980, fort mal appliquée en ce qui concerne la procédure de réexamen de la situation de chaque détenu classé DPS en vue de son éventuel retrait du « Répertoire DPS » (cf. CPT, *Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectué en [...] du 27 septembre au 9 octobre 2006*, [en ligne], *op. cit.*, 2007, pp. 68-69, § 160-164). Dans la théorie, cette labellisation ne devrait de toute façon pas porter préjudice au détenu ainsi stigmatisé, une note de l'administration pénitentiaire du 26 juillet 1993 précisant qu'« [...] *en aucun cas* [cette étiquette ne doit] *entraîner l'application d'un régime particulier plus défavorable* » (note citée par J.-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, *op. cit.*, p. 21, § 96). La réalité est toute autre, cette estampille amenant à une mise à l'isolement avec une surveillance plus appuyée, des fouilles plus nombreuses et approfondies qu'en régime de détention général ainsi que des changements fréquents d'établissement et de cellule. Notons que, suite aux remarques du CPT sur le régime DPS manquant de clarté et de sécurité juridique pour le détenu, le Gouvernement français a répondu qu'une nouvelle instruction ministérielle était en cours d'élaboration au Ministère. Depuis le décret n° 98-1099 du 8 décembre 1998 le régime DPS a une base réglementaire décréte, l'article D. 276-1 CPP, et c'est, selon le Gouvernement, en vertu de cet article que le contenu précis de ce régime est fixé par instruction ministérielle.

⁸⁹⁰ Martine HERZOG-EVANS remarque d'ailleurs que l'isolement sur demande du détenu est un cas un peu particulier, et que ce dernier bénéficie généralement dans ce cas d'« *une version allégée de [la] mesure [...]* », recueillant les avantages d'une mesure qui l'extrait de l'insupportable promiscuité due au surpeuplement carcéral sans avoir à subir d'autres privations supplémentaires. Ce sont en effet généralement des individus qui s'accrochent bien de la solitude, voire qui la recherchent. (M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 461). En conséquence, les propos ci-après concernent dans une moindre mesure ces détenus.

⁸⁹¹ CE, 30/7/2003, « *Garde des Sceaux c/REMLI* », req. n°252712, *Rec. Lebon*, 2003, p. 366 ; *AJDA*, 2003, p. 2090, note D. COSTA

circulaire du 24 mai 2006 adoptée suite aux deux décrets du 21 mars 2006⁸⁹² : l'accès à toutes les activités collectives proposées par l'établissement leur est par définition interdit, sauf autorisation pour une activité spécifique par le chef d'établissement⁸⁹³ – ce qui restreint notoirement le nombre d'activités pouvant leur être offertes et leur accès à une activité rémunérée, donc accroît leur paupérisation et les met dans l'impossibilité de cantiner⁸⁹⁴ ; et si les visites restent autorisées, de même que l'exercice du culte, le droit à l'information, à la correspondance, l'accès au téléphone ou encore la possibilité de cantiner et d'accéder à la bibliothèque, les contacts avec d'autres individus demeurent restreints⁸⁹⁵. Généralement, même la promenade s'exécute en solitaire. Quant au moindre mouvement nécessité par le détenu isolé, il oblige à « [...] bloquer [le reste] de la détention [...] »⁸⁹⁶ puisque l'isolé ne doit croiser aucun autre prisonnier.

L'existence d'un tel régime se conçoit, « *par mesure de précaution et de sécurité* », ce qui rassemble une grande diversité de motivations. Mais l'absence de contacts qu'elle engendre est, on l'a vu pour les QHS, néfaste pour le psychisme humain, surtout s'il se prolonge sur de longues durées⁸⁹⁷. Or précisément, la durée des mises à l'isolement est fréquemment dénoncée⁸⁹⁸, pouvant s'étendre sur plusieurs années⁸⁹⁹. En effet, un tel placement ne peut normalement être prononcé que pour une durée de trois mois, mais il est renouvelable indéfiniment dès lors que les autorités compétentes successives le jugent bon⁹⁰⁰. Bien entendu également, il doit être tenu

⁸⁹² Circulaire DAP JUSK0640117C du 24 mai 2006 « relative au placement à l'isolement », *BOMJ*, n° 102, 2006

⁸⁹³ Ce qui est regretté par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (cf. Th. HAMMARBERG, *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], *op. cit.*, novembre 2008, p. 7, § 25). Par contre, dans la mesure du possible et « [...] en fonction de la personnalité du détenu [...] », des activités communes réservées aux détenus placés à l'isolement peuvent être organisées depuis la réforme du régime opérée par les décrets de 2006 (article D. 283-1-2 CPP)

⁸⁹⁴ CPT, Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectuée en [...] du 27 septembre au 9 octobre 2006, [en ligne], *op. cit.*, 2007, p. 65, § 154

⁸⁹⁵ Article D. 283-1-2 CPP ainsi que M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu. op. cit.*, 1998, p. 464 et J.-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, « Prison », *Répertoire pénal, op. cit.*, 2006, p. 26, § 113 et 121

⁸⁹⁶ Expression empruntée à Philippe CARRIERE, psychiatre et ancien responsable du SMPR de la région Centre, *Dedans dehors*, 2000, n°19 cité par OIP, *Le guide du prisonnier, op. cit.*, 2004, p. 335

⁸⁹⁷ L'apparition de pertes des repères cicardiens, de troubles de l'équilibre, de troubles de la concentration, de l'élocution sans compter les décompensations psychologiques etc. est reconnue par les psychiatres comme des conséquences d'un isolement trop prolongé, ce qui amène les auteurs à parler de « *torture blanche* » (Cf. entre autres M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », *Recueil Dalloz* 2006, p. 1197, et avant elle, CNCDH, *Etude sur les droits de l'homme dans la prison, op. cit.*, 2004, point B-1-b ou X. LAMEYRE, « Les deux corps de la justice pénale. Du corps violé au corps enfermé », *Justices*, 2001, pp. 30-31. L'emploi de cette expression dans ce contexte serait de S. VINDO et S. VALENTI dans « Quartier d'isolement : la « torture blanche » », *Dedans-dehors* n° 19, mai/juin 2000, p. 13

⁸⁹⁸ En dernier lieu par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Thomas HAMMARBERG, dans son *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], *op. cit.*, 2008, p. 7, § 25

⁸⁹⁹ Par exemple huit ans pour M. RAMIREZ SANCHEZ (cf. arrêt CEDH, Grande Chambre, 4/7/2006, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* », req. n°59450/00), quatre ans dans le cas de la décision du TA Versailles du 28/12/2004, voire une durée supérieure à dix ans (TA Paris, ord. référé, 20/6/2005, req. n°0509712/9, inédit, cité par M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », *op. cit.*, 2006, p. 1197)

⁹⁰⁰ Le chef d'établissement est compétent pour prendre la mesure et la renouveler une fois (article D. 283-1-5 CPP). Les deux décisions de renouvellement suivantes appartiennent au directeur régional des services pénitentiaires (article D. 283-1-6 CPP), puis, au-delà d'un an, par le ministre de la Justice pour une durée de quatre mois renouvelable alinéa 1er de l'article D. 283-1-7 CPP). Certes, ce même article, en son alinéa 2, précise que la prolongation de l'isolement au-delà de deux ans, - durée déjà extraordinairement longue par rapport à celle de placement en cellule disciplinaire qui ne peut excéder 45 jours - ne peut être qu'exceptionnelle, « [...] si [c]e placement constitue l'unique moyen d'assurer la sécurité des personnes ou de l'établissement » et doit, en ce cas, « [...] être spécialement motivée ». Il n'empêche que la prolongation au-delà de deux ans est bien possible dans le droit français, et sans terme butoir. La Cour Européenne elle-même ne s'oppose pas à des durées de placement à l'isolement extrêmement longues dès lors que les décisions de prolongations sont motivées « de manière substantielle ». Elle apprécie en effet ces durées *in concreto*, prenant en compte tous les paramètres contextuels (conditions de détention, état de santé du détenu, nature de l'infraction commise etc. On ne peut donc attendre d'elle, du moins en l'état présent de sa position, une assertion sur une éventuelle durée maximale du placement à l'isolement qui serait posée de manière théorique. (cf. arrêt Cour EDH, Grande Chambre, 4/7/2006, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* », préc. et Cour EDH, 1ère sect., 27/1/2005, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* » et note J.-P. CERE, « L'isolement en prison d'un terroriste ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant, mais viole l'article 13 de la Convention européenne », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1273-1274 à propos de ce premier arrêt.)

compte de la personnalité du détenu et de son état de santé pour décider d'une mesure de placement⁹⁰¹, et le médecin, tenu de visiter les détenus isolés deux fois par semaine au moins, peut émettre dès que bon lui semble « [...] *un avis sur l'opportunité de mettre fin à l'isolement* » eu égard à l'état de santé constaté⁹⁰², mais cet avis ne lie pas l'autorité ayant décidé du placement.

Surtout, les dénonciations sont d'autant plus virulentes qu'elles condamnent deux dévoiements de la mise à l'isolement. En premier lieu, si ce placement a effectivement souvent vocation à protéger l'ordre au sein de l'établissement pénitentiaire et à se prémunir contre les évasions, il ne doit en aucun cas devenir une torture, ce dont il est généralement qualifié eu égard à la suppression des contacts qu'il instaure sur une longue durée. Des mesures minimales visant à contrecarrer les effets néfastes de l'isolement devraient être prises pour garantir la bonne santé mentale des isolés⁹⁰³. En outre, depuis la disparition des QHS, une tendance naturelle, compte tenu de la vocation éventuellement sécuritaire du placement à l'isolement, a amené à recréer officieusement ces QHS au sein des quartiers d'isolement. Une note du 18 avril 2003⁹⁰⁴ a durci ce placement pour les détenus considérés « *dangereux* »⁹⁰⁵ par l'adoption de plusieurs mesures : elle interdit tout contact avec les autres détenus, y compris les autres isolés, instaure des aménagements supplémentaires, notamment de grillages au maillage plus fin, qui « [...] [limitent] *le champ de vision* [...] *à l'extrême* »⁹⁰⁶, elle multiplie les fouilles, par palpation d'une part – à chaque entrée ou sortie de la cellule –, à corps d'autre part, ainsi que les fouilles de la cellule de ces détenus, et enfin, impose un accompagnement par « [...] *un agent au moins* [...] »⁹⁰⁷ du détenu pour le moindre mouvement à l'intérieur de l'établissement. L'administration pénitentiaire a, *a priori*, pris acte de ces graves critiques, abrogeant par la circulaire du 24 mai 2006 celle du 18 avril 2003 sans reprendre des mesures aussi radicales. Ainsi, si les contacts entre détenus peuvent toujours être « *aménagé[s]* » si le chef d'établissement le juge bon⁹⁰⁸, le lieu de promenade doit pour sa part nécessairement « [...] *comporter une perspective à l'air libre*. »⁹⁰⁹. Reste que cette même circulaire maintient un régime davantage axé sur la sécurité que dans les autres quartiers, la fréquence des rondes de nuit étant ramenée à des cycles de deux heures⁹¹⁰.

En second lieu, malgré l'assertion de l'article D. 283-1-2 du Code de procédure pénale « [l]a mise à l'isolement ne constitue pas une mesure disciplinaire », ce placement est fréquemment dénoncé pour être utilisé comme tel⁹¹¹. Il est vrai que les placements ordonnés par le chef d'établissement sont souvent motivés par – voire font directement suite à – des actes passibles également d'une sanction disciplinaire. Mais il faut reconnaître le lien logique entre la

A noter également que depuis le décret n° 2006-338 du 21 mars 2006, la décision de placement à l'isolement est officiellement soumise à la procédure à l'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 (traduite, au sein de l'institution pénitentiaire, par la circulaire du 9 mai 2003), imposant que le détenu soit informé à l'avance de la décision et puisse présenter des observations écrites et orales, assisté s'il le souhaite d'un avocat ou d'un mandataire agréé par l'administration pénitentiaire.

⁹⁰¹ Alinéa 4 de l'article D. 283-1 CPP

⁹⁰² Article D. 283-1-3 CPP croisé avec l'article D. 381 CPP

⁹⁰³ CNCDH, Etude sur les droits de l'homme dans la prison, *op. cit.*, 2004, point B-1-b, recommandation n°7

⁹⁰⁴ Note du 18 avril 2003 « relative au renforcement des mesures de sécurité lors du placement des détenus dangereux sous le régime de l'isolement », non publiée

⁹⁰⁵ Terme utilisé dans la note du 18 avril 2003

⁹⁰⁶ CNCDH, Etude sur les droits de l'homme dans la prison, *op. cit.*, 2004, point B-1-b

⁹⁰⁷ Note du 18 avril 2003 « relative au renforcement des mesures de sécurité lors du placement des détenus dangereux sous le régime de l'isolement », préc.

⁹⁰⁸ Circulaire DAP JUSK0640117C du 24 mai 2006 « relative au placement à l'isolement », *BOMJ*, n°102, 2006, point V,3

⁹⁰⁹ Circulaire DAP JUSK0640117C du 24 mai 2006 « relative au placement à l'isolement », préc., point V, 3.3

⁹¹⁰ Circulaire DAP JUSK0640117C du 24 mai 2006 « relative au placement à l'isolement », préc., point V, 5

⁹¹¹ Cf. notamment M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu. *op. cit.*, 1998, p. 460-462, où elle conclut explicitement : « La mise à l'isolement est donc bien une sanction qui a, dans sa forme imposée, un caractère disciplinaire indéniable. L'article D. 283-2 [ancien, qui affirmait le caractère non disciplinaire de la mise à l'isolement. Aujourd'hui repris à l'article D. 283-1-2 CPP] le nie dans un but transparent ; il a cependant juridiquement tort. », J-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, « Prison », *Répertoire pénal*, *op. cit.*, 2006, p. 26, § 121, ainsi que OIP, *Le Guide du prisonnier*, *op. cit.*, 2004, p. 327.

commission de certaines infractions à la discipline pénitentiaire, et la mesure sécuritaire qui peut en découler pour éviter un risque de récidive. Il est exact aussi que la commission de certaines infractions, éventuellement à répétition, mises en relation avec la personnalité de l'individu, font ressortir certains profils délinquants, généralement dangereux et sujets à placement à l'isolement. Ce n'est donc pas l'infraction qui mène à l'isolement mais le caractère que sa commission, et les conditions dans lesquelles elle a été perpétrée, font ressortir.

Cependant, *Le Guide du prisonnier* de l'OIP porte des accusations qui soulignent, sans ambiguïté cette fois, le caractère disciplinaire que prendrait parfois la mesure de placement, notamment dans les cas où l'administration voudrait sanctionner une faute dont elle ne serait pas parvenue à recueillir des preuves convaincantes⁹¹².

Une réglementation plus poussée de ces quartiers et surtout, une attention portée à leur humanisation tend malgré tout à se mettre en place depuis la fin des années 1990, nonobstant les mesures particulières adoptées pour un certain profil de détenus « dangereux ». Ainsi, dès 2004, la Commission Consultative des Droits de l'Homme note un effort des chefs d'établissement visant à « [...] *humaniser le quotidien des isolés* »⁹¹³ et l'article D. 283-1-2 du Code de procédure pénale ne fait que codifier la circulaire du 14 décembre 1998⁹¹⁴ lorsqu'il incite désormais le chef d'établissement à « [...] *organise[r] dans toute la mesure du possible et en fonction de la personnalité du détenu, des activités communes aux détenus placés à l'isolement.* ». En outre, dans le texte du moins, ce même directeur peut éventuellement autoriser un détenu placé sous ce régime à participer à une activité collective, en ce cas précisément spécifiée par l'autorisation, organisée dans le cadre de la détention ordinaire⁹¹⁵. Le caractère supportable du placement à l'isolement dépendra donc fortement du chef de l'établissement, doté de lourds pouvoirs discrétionnaires dans ce domaine⁹¹⁶.

Le juge administratif joue également un rôle important en contrôlant minutieusement les motivations de placement ou de renouvellement de placement à l'isolement. Ainsi, il n'a pas hésité à annuler nombre de décisions considérant que les causes invoquées n'étaient pas suffisantes pour justifier un tel placement⁹¹⁷, surtout dans des cas où il avait entraîné en outre

⁹¹² Notons qu'au-delà de la question de la justesse de cette analyse, - il est en effet facile de mettre en doute un ouvrage rédigé par l'Observatoire International des Prisons, aux positions politiques engagées envers la condition carcérale et l'administration pénitentiaire, son existence-même ramène à la question du pouvoir discrétionnaire d'une administration dans une enceinte fermée et à celle de la possible manipulation des hommes et des faits qu'on peut y soupçonner.

⁹¹³ CNCDH, Etude sur les droits de l'homme dans la prison, op.cit., 2004, point B-1-b

⁹¹⁴ Circulaire AP JUSE9840065C du 14 décembre 1998 « relative au placement à l'isolement », [en ligne], site prison.eu.org, <http://prison.eu.org/article2539.html>, (consulté le 16/9/2009)

⁹¹⁵ Mais Martine HERZOG-EVANS se montre critique eu égard à ces mesures, notant que la circulaire de 1998, plus précise quant aux activités pouvant faire l'objet d'une telle autorisation, « [...] *restait prudente* [...] » et se limitait à « [...] *de menues activités* ». Dans la pratique, la possibilité de travailler n'est ainsi que très rarement offerte au détenu isolé du fait des conditions de travail plutôt en atelier. En conséquence, il semble que ce détenu soit fréquemment réduit à un état d'indigence matérielle (faute de travail, pas de revenus) mais aussi intellectuelle, sans aucune stimulation ou information venant de l'extérieur, pour peu qu'il soit également isolé socialement donc sans visite. Pas de possibilité non plus, dans nombre d'établissements, de faire du sport. Se retrouver ainsi face à la vacuité du temps a effectivement de quoi remettre en cause l'équilibre psychique d'un individu. Au-delà de cette remarque, l'auteur met pour sa part en avant le renoncement à sa mission de réinsertion que cela signe de la part de l'administration pénitentiaire à l'égard de ces détenus isolés. (M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires », op. cit., 2006, p. 1198).

⁹¹⁶ Cf *infra*, pp. 306 et s.

⁹¹⁷ Il a en effet tendance, comme le signale Martine HERZOG-EVANS, à exiger « [...] *des causes spécifiques et le plus souvent plurielles* ». Elle mentionne ainsi à titre d'exemples « [...] *un profil dangereux, un classement « détenu particulièrement signalé », l'appartenance à un réseau de criminalité organisé et un acte récent traduisant une préparation à l'évasion, ou encore des actes graves, pénalement sanctionnés, commis contre des personnels pénitentiaires* ». (M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires », op. cit., 2006, p. 1197). Le fait est que le juge administratif semble ne plus se contenter d'un simple signalement DPS comme motivation, de même qu'il a pu annuler une décision d'isolement visant à protéger un détenu au motif qu'elle n'apportait pas de précisions factuelles illustrant ses arguments (TA Dijon, 27/1/2004, req. n°022234, Recueil *Dalloz*, 2005, n°15, « Panorama », obs. E. PECHILLON, p. 1000 et pp. 1003-1004). La Cour EDH est venue le conforter dans ces appréciations, indiquant, dans l'arrêt « *KHIDER c/ France* » (req. n°39364/05) du 9/7/2009 que « [...] *la seule référence à l'appartenance au grand banditisme, ou à un risque d'évasion, non étayé, est insuffisante, [d]e même*

une dégradation de l'état de santé du détenu⁹¹⁸. La juridiction administrative française travaille dans le sens de la jurisprudence européenne qui exige « [...] *un équilibre entre les considérations de sécurité et l'affliction qui en découle pour le détenu.* »⁹¹⁹. Dans ce cadre, la Cour européenne semble se tourner vers une obligation de tenir compte des avis médicaux formulés ou implicitement formulés⁹²⁰ sur la capacité de l'intéressé à son maintien à l'isolement ou les conclusions de ce type qu'il faut tirer de certificats relevant des dégradations ayant un lien avec un isolement prolongé⁹²¹. La procédure de prolongation au-delà de deux ans risque également de devenir particulièrement ardue à obtenir si le juge garde la même rigueur et continue à s'inspirer de la jurisprudence européenne, dans la mesure où d'une part, la Cour européenne demande un réexamen régulier des placements à l'isolement ayant fait l'objet de prolongation qui doit toujours être substantiellement motivée et dont cette même motivation « [...] *devrait être, au fil du temps, de plus en plus approfondie et convaincante* »⁹²², et d'autre part, l'article D. 283-1-7 du Code de procédure pénale n'autorise cette prolongation au-delà de deux ans qu'« [...] *à titre exceptionnel, si [ce] placement [...] constitue l'unique moyen d'assurer la sécurité des personnes ou de l'établissement* »⁹²³. L'arrêt du Conseil d'État du 31 octobre 2008⁹²⁴ est une nouvelle étape, considérée comme « [...] *révolutionnant les sources du droit pénitentiaire* » par Martine HERZOG-EVANS⁹²⁵. Le Conseil y accepte de contrôler le décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 au regard de toute une série de règles conventionnelles internationales comme internes posant les principes fondamentaux des droits de l'homme et du droit de l'exécution des peines. Or, s'il ne donne pas raison au demandeur, – l'Observatoire International des Prisons – dans toutes ses requêtes, il promet, *via* ses considérants, un contrôle renforcé de la décision de placement à l'isolement.

C'est enfin la loi du 24 novembre 2009 qui vient parfaire ces avancées en offrant⁹²⁶ une assise législative à cette mesure fortement attentatoire aux libertés du détenu. Elle entérine ainsi, avec la création d'un nouvel article 726-1 dans le Code de procédure pénale, la durée maximale de trois mois pour tout placement à l'isolement de détenu majeur, décision prise par « [...] *l'autorité administrative* [...] »⁹²⁷, soit, de manière inchangée, le chef d'établissement. Elle consacre également la possibilité de renouvellement de la mesure, pour une durée identique, mais impose en ce cas un débat contradictoire avec assistance d'un avocat si le détenu le souhaite ; enfin, tout prolongement de la mesure au-delà d'un an, - décision qui, du fait de la durée de l'isolement qu'elle entraîne, est du ressort du ministre de la Justice⁹²⁸-, doit être soumis pour avis à l'autorité judiciaire⁹²⁹. Elle ouvre également au détenu un droit au recours en référé-liberté devant le juge administratif à l'encontre d'une telle décision de placement⁹³⁰. De manière

[que] le classement d'un détenu au registre des détenus particulièrement signalés ou la commission d'une faute disciplinaire même grave ne peuvent justifier à eux seuls un placement à l'isolement.[...] » (§ 115)

⁹¹⁸ TA Paris, 15/3/2007, « *M. KHIDER* » (deux espèces), req. n° 05-19080 et 06-15396, *AJDA*, 2007, pp. 1664-1667, concl. Th. CELERIER

⁹¹⁹ M. HERZOG-EVANS, « Sanctions pénitentiaires », *op. cit.*, 2006, p. 1197

⁹²⁰ Ces avis implicitement formulés étant en fait les refus, de la part des médecins, d'attester de la capacité à être maintenu en isolement.

⁹²¹ Arrêt Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc., § 115

⁹²² Arrêt CEDH, Grande Chambre, 4/7/2006, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* », req. n°59450/00, préc., § 39. Cette exigence est reprise et appliquée plus récemment, aux dépens du Gouvernement français, dans l'arrêt Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc., § 104

⁹²³ Nous soulignons. Le même raisonnement est repris, là encore, dans l'arrêt Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc.

⁹²⁴ CE, 31/10/2008, « Section française de l'observatoire international des prisons », req. n° 293785, *RFDA*, 2009, pp. 85-87

⁹²⁵ M. HERZOG-EVANS, note sous CE, 31/10/2008, « Section française de l'observatoire international des prisons », *Recueil Dalloz*, 2009, n°2, p. 134

⁹²⁶ Sur article additionnel proposé par la Commission des lois du Sénat. Le projet de loi du Gouvernement ne prévoyait pas de traiter du régime de l'isolement dans la loi, le laissant à son niveau réglementaire.

⁹²⁷ Alinéa 1er de l'article 92 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹²⁸ Règle issue, non de la loi, mais de l'article D. 283-1-7 CPP, aujourd'hui abrogé

⁹²⁹ Alinéa 1er de l'article 92 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹³⁰ Alinéa 3 de l'article 92 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

plus incantatoire, elle précise que ce placement « [...] *n'affecte pas l'exercice des droits visés à l'article 22 [de la même loi] [...]* », mais en s'empressant de préciser « [...] *sous réserve des aménagements qu'impose la sécurité.* »⁹³¹. On pourra relever par contre que, d'une part, le législateur s'est bien gardé de poser une durée maximale, y compris pour les renouvellements, le fameux seuil des deux ans n'étant pas introduit à ce niveau législatif et n'ayant de toute façon pas cette fonction radicale même dans le cadre réglementaire où il figure actuellement ; on pourra noter, d'autre part, que ne figure même pas dans le texte de loi une exigence que tout renouvellement au-delà de ces deux années soit exceptionnel, comme cela est, cette fois, pourtant désormais inscrit au niveau réglementaire et donc accepté par le droit français. L'inscription d'un seuil-butoir de principe dans le marbre législatif aurait pourtant donné une portée symbolique intéressante, marquant un véritable intérêt des représentants du Peuple sur une question controversée mettant en cause les libertés fondamentales des détenus.

Depuis le 29 décembre 2010, l'ensemble du paragraphe du Code de procédure pénale concernant la mise à l'isolement, soit les articles D. 283-1 à D. 283-2-4 CPP, a été abrogé pour être remplacé par les articles R. 57-7-62 à R. 57-7-78 issus du décret en Conseil d'État n°2010-1634 du 23 décembre 2010. Dans le prolongement de la loi du 24 novembre, l'encadrement de ce régime particulièrement intrusif sur le plan des libertés et des droits de la personne détenue a ainsi été élevé, à juste titre, dans la hiérarchie des normes réglementaires ; mais cette élévation de degré normatif n'a rien modifié au contenu même du droit. On retrouve les mêmes règles, éventuellement plus clairement formulées car réorganisées ; on notera simplement d'une part, la disparition du mandataire agréé, autrefois mentionné aux côtés de l'avocat comme porteur d'observations potentiel au nom du détenu concernant une décision de placement ou de prolongation de placement à l'isolement d'office⁹³², d'autre part la réduction de quatre à trois mois de la durée du prolongement pouvant être prononcé par le ministre, sans que le caractère renouvelable de ces prolongements ne disparaisse⁹³³. Sur un plan plus symbolique, on remarquera également la substitution de l'expression de « *placement à l'isolement sur décision de l'administration* » à celle de « *d'isolement d'office* » concernant la procédure de placement effectuée par l'administration sans recherche du consentement du détenu.

On retrouve donc dans ces quartiers bien spécifiques un caractère d'enclave sécuritaire, comme si, dans nos sociétés modernes si inquiètes sur la question de la sécurité et revendicatrices du droit du même nom, on ne pouvait se passer de lieux hyper-sécurisés et bien spécifiques où rassembler les individus désignés comme les plus dangereux.

La principale faille du procédé, selon des auteurs comme Martine HERZOG-EVANS, est une de celles déjà pointées à l'époque des QHS : le placement à l'isolement – surtout à l'isolement renforcé –, mesure qui ne peut être que provisoire, ne fait que précipiter un ressentiment envers la société et l'ordre établi, « [...] *radicaliser des individus difficiles* »⁹³⁴ pour reprendre ses termes, posant la question de la véritable volonté de réinsertion sociale de l'institution à leur égard, lourdement compromise par cette vie de reclus. En outre, en même temps, il place dans un même endroit de la prison tous les détenus les plus sensibles.

Mais apparaît une seconde faille, bien plus profonde, car présentant la mise à l'isolement comme un véritable noeud gordien. Si en prison, on ne peut mettre complètement fin à la spécialisation des lieux, la perte du caractère total de l'institution doit passer par une transparence de tous les lieux d'enfermement. Or voilà bien le dilemme d'un lieu où le secret, une information minimale diffusée depuis l'intérieur vers l'extérieur, appartient aussi au procédé, du moins dans le cadre des isolements pour raisons sécuritaires des détenus dangereux. Et pour s'assurer une efficacité optimale de l'utilisation de tels placements, une gestion administrative simple reprend la main : donner un pouvoir de décision discrétionnaire au chef d'établissement permet une réaction rapide et, en théorie, directement adaptée à l'espèce. Voilà ainsi un des principaux caractères de l'institution totale qui refait surface, précisément concernant une des enclaves les plus opaques de la prison et où les droits de l'homme sont les

⁹³¹ Alinéa 2 de l'article 92 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹³² Cf. comparaison entre l'ancien article D. 283-2-2 CPP et le nouvel article R. 57-7-64 CPP

⁹³³ Cf. comparaison entre l'ancien article D. 283-1-7 CPP et le nouvel article R. 57-7-68 CPP

⁹³⁴ M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, p. 227

plus susceptibles d'être malmenés. Comme si tout se tenait finalement, l'opacité étant dans ce cadre l'ennemie la plus insidieuse de l'institution, qu'elle décrédibilise.

◇ C) *Le quartier disciplinaire*

Le quartier d'isolement doit être distinct du deuxième quartier spécialisé reconnu dans les textes : le quartier disciplinaire. Et pour cause : il importe que la vocation de sanction du second ressorte bien comme exceptionnelle auprès des détenus et que ce régime, qui a donc un caractère de punition, ne soit pas banalisé abusivement à des individus non fautifs. L'ordre au sein de la détention devrait normalement aussi passer par l'existence et le respect de règles claires. La règle de la distinction a cependant lieu d'être rappelée, certains établissements ayant pratiqué la confusion, utilisant les cellules de punition pour y placer des détenus à l'isolement, faute de disposer de locaux suffisants et aménagés en conséquence pour les deux cas⁹³⁵. Si la distinction existe dans les textes, c'est pourtant aussi pour instaurer deux régimes distincts, dont il est fondamental de respecter les différences, jamais négligeables lorsqu'il s'agit de règles venant encore durcir la détention. Sur le plan symbolique autant que matériel, l'assimilation des deux placements n'est pas acceptable. « La prison dans la prison », se doit de rester un quartier à part.

Sa spécialisation commence, d'un certain sens, dès la prise de décision de placement : d'une nature toute particulière dans le droit de la prison puisqu'il s'agit d'une sanction, elle est également prise suite à tout un rituel procédural et inscrite sur un registre spécial tenu sous l'autorité du chef d'établissement et ayant la même fonction que ceux utilisés pour les HSC ; il doit ainsi, de la même manière, être présenté aux autorités de contrôle administratives et judiciaires lors de leurs visites des lieux⁹³⁶. On ne pénètre pas à son bon plaisir dans ce quartier, généralement de sinistre réputation. On y rentre également pour un temps limité : ce n'est qu'un sas visant à rappeler au détenu que la prison a ses règles, l'établissement son règlement intérieur, qu'il s'agit de respecter. Ainsi, contrairement au placement à l'isolement, et depuis la loi du 24 novembre 2009, la sanction de « cellule disciplinaire » ne peut excéder vingt jours pour les infractions les plus graves (celles du premier degré), exception pouvant être faite, en élevant cette durée à trente jours en cas d'« [...] acte de violence physique porté contre les personnes »⁹³⁷. Le décret prévu par la loi⁹³⁸ pour la mise en conformité de l'article D. 251-3 à cette nouvelle règle législative, et notamment des *maxima* posés pour les fautes de second et troisième degrés, a été attendu pendant plus d'un an. Durant cette longue période de transition entre l'entrée en vigueur de la réforme législative et sa possible mise en application concrète par les décrets nécessaires, le droit contenu dans le Code de procédure pénale et applicable est resté sur les anciennes durées. Cet article D. 251-3, autrefois unique cheville ouvrière de la sanction de mise en cellule disciplinaire, continuait donc à afficher, à côté du maximum de quarante-cinq jours pour les fautes du premier degré, un maximum réduit à trente et quinze jours pour les infractions de deuxième et troisième degrés ; cette situation était déconcertante puisque la durée

⁹³⁵ La circulaire du 14 décembre 1998 avait clairement posé cette interdiction d'utiliser une cellule du quartier disciplinaire pour placer un détenu à l'isolement lorsque la place manque au quartier d'isolement. Celle du 24 mai 2006 prend cette règle pour acquise et précise la différence d'aménagement entre les cellules disciplinaires et celles d'isolement, les dernières devant répliquer les cellules ordinaires à ce niveau. (cf. point V. 2 de la circulaire du 24 mai 2006).

⁹³⁶ Alinéa 4 de l'article D. 251-3 CPP

⁹³⁷ Nouvel article 726 CPP, suite à modification par l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Ces *maxima* ont été longuement discutés et ont fluctué au cours des débats, le projet de loi initial les ayant fixé à vingt-et-un et quarante jours. La décrue lente de ces chiffres au fil des discussions et reprises du texte de l'article souligne le *hiatus* existant encore entre la conception de la sanction disciplinaire de cellule chez des personnes externes à ces problématiques, -abstraction faite de l'administration pénitentiaire, forcément de parti pris sur ce type de questions-, et la réalité carcérale : au-delà de l'étude de Pierre DARBEDA, datée déjà d'une quinzaine d'années (P. DARBEDA, « L'action disciplinaire en détention : un panorama européen », *RSC* 1993, pp. 814-815), les durées appliquées dans d'autres pays européens figurant dans le premier rapport de J-R. LECERF, au Sénat du 17 décembre 2008 (n° 143) indiquent effectivement des chiffres largement inférieurs à ce projet, avec un maximum de 28 jours pour l'Allemagne et une moyenne de 14 jours pour les sept pays listés comme exemples (mais reste le problème de la possible partialité du choix de ces exemples dans ce travail non-scientifique).

⁹³⁸ Alinéa 1er de l'article 726 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

de punition maximale pour les fautes de deuxième degré dépassait le seuil maximal de principe désormais établi par la loi pour les fautes de premier degré et indiqué depuis le 26 novembre 2009 à l'article 726 CPP. Cette contradiction inscrite pendant plus d'un an au coeur du Code de procédure pénale, et concernant un sujet aussi sensible et attentatoire aux droits et libertés des détenus que la sanction disciplinaire, n'a fait que souligner avec plus d'acuité la transformation des conceptions présidant au droit disciplinaire et aux emprises sur la personne de l'autre que l'on admet dans la société actuelle : le temps de la rigueur disciplinaire vectrice d'excès n'est plus acceptable dans les sociétés européennes régies par les valeurs de la CEDH. La sanction peut ainsi se révéler encore rude à supporter mais elle tend à rentrer dans des normes plus supportables pour ces populations d'impulsifs vivant bien souvent d'abord par le contact avec l'autre et dans l'action. Ces populations supportent mal l'aridité du temps vide et de la lecture ou de l'écriture – les deux principales activités qui leur restent accessibles pour meubler les longues heures de punition et qui souvent ne les intéressent pas voire qu'ils maîtrisent mal. Néanmoins, un terme a enfin été mis à l'inconséquence normative précédemment expliquée, grâce à l'abrogation de l'article D. 251-3 CPP par le décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010. L'ensemble des règles concernant les durées de punition de cellule disciplinaire figurent désormais à l'article R. 57-7-47 CPP qui réharmonise les durées selon les trois degrés de fautes en partant de l'obligation législative des durées maximales ci-avant présentées.

Instituer un plafond à la durée de la punition sous-entend ainsi la dureté de la sanction. Le fait est que l'isolement, principe de base de la punition de cellule disciplinaire, est doublé de toute une série d'autres privations, qui accentuent le caractère coercitif de la mesure. C'est d'ailleurs sur ce point qu'apparaît le plus nettement la différence entre mise à l'isolement et placement en cellule disciplinaire : le détenu puni est interdit de cantine, exception faite des produits d'hygiène, du tabac et du nécessaire à correspondance. Tout achat de nourriture est donc particulièrement visé par cette prohibition temporaire. La perte du droit aux visites n'est plus de rigueur depuis un décret du 10 juin 2008⁹³⁹ mais limité à une seule hebdomadaire ; la loi du 24 novembre 2009 entérine cette évolution, laissant pour le reste le soin au futur décret d'organiser ce « *droit à un parloir hebdomadaire* »^{940 941}. Ce dernier, le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 instaure, au cinquième alinéa d'un nouvel article R. 57-7-45 CPP, le droit à une visite hebdomadaire de la part des titulaires de permis de visite ou du visiteur de prison « [...] *chargé d[u] suivi* [...] » du détenu puni. Une question pourrait se poser face à la rédaction de cette disposition réglementaire : ouvre-t-elle droit à une visite hebdomadaire pour chacun des titulaires du permis de visites, multipliant d'autant le nombre de visites pour le détenu puni s'il a la chance d'avoir un large réseau de connaissances autorisé à venir le voir en prison, ou bien le nombre de visites autorisées doit-il être appréhendé par rapport au détenu ? Dans cette seconde alternative, ce ne serait alors qu'une seule visite qui serait autorisée, à choisir ensuite quel titulaire en bénéficierait, possibilité pouvant être éventuellement ouverte à ces derniers de venir à plusieurs (notamment concernant les visites familiales). La question semble en réalité une fausse interrogation : étant donné la formulation du droit posé par la loi à un seul parloir hebdomadaire, d'une part, et le contexte d'autre part (on est bien dans le cadre d'une sanction disciplinaire, propice aux restrictions de droits) il est clair que c'est selon la seconde solution que doit être lue cette disposition. Ces visites se font par contre désormais dans un parloir sans dispositif de séparation⁹⁴², sauf décision contraire du chef d'établissement⁹⁴³ ou suppression de

⁹³⁹ Décret n° 2008-546 du 10 juin 2008 « relatif au régime de détention et modifiant le Code de procédure pénale »

⁹⁴⁰ 5° de l'article 726 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹⁴¹ Il est néanmoins intéressant de mentionner la faculté qu'avait le chef d'établissement d'autoriser le détenu puni de bénéficier de la « [...] *première visite consécutive au placement* [...] *si le détenu n'a pas eu objectivement le temps matériel de prévenir ses visiteurs éventuels* ». Cette possibilité, issue d'une pratique hors textes dans certains établissements avait été entérinée par la circulaire du 2 avril 1996. Il faut insister cependant sur le caractère parfaitement discrétionnaire de l'utilisation de cette possibilité qui ne fait que souligner à nouveau cette puissance du directeur dans son établissement. Quoique périmée, cette mesure donne un esprit, cette manière de fonctionner de la prison, qui, elle, demeure.

⁹⁴² Nouvel article R. 57-7-476 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

⁹⁴³ Cette décision doit être motivée par l'existence de sérieuses raisons « [...] *de redouter un incident* [...] », si, précisément, un incident s'est déjà produit au cours d'une visite antérieure ou encore à la demande du visiteur ou du détenu visité. Le chef d'établissement doit dans tous les cas informer de sa décision soit le juge saisi du dossier

l'accès à ce type de parloir prononcée au titre des sanctions disciplinaires de l'article R. 57-7-34 CPP.

Dans la continuité de cette évolution, il faut reconnaître un statut particulier à quelques personnages dotés d'une place à part en détention : l'avocat, les aumôniers, les travailleurs sociaux, dont les visites ne sont pas comptabilisées au titre de ce droit aux visites. Les membres du personnel pénitentiaire, de manière plus générale, doivent pouvoir accéder au détenu. Le médecin garde une place à part, non compris dans les visites de droit mais mentionné par le Code de procédure pénale comme une autorité devant nécessairement passer au moins deux fois par semaine et davantage s'il l'estime justifié. C'est la seule personne, en-dehors du chef d'établissement, ayant le pouvoir de faire suspendre la sanction dans les cas où il « [...] constate que son exécution est de nature à compromettre la santé du détenu »⁹⁴⁴, un pouvoir par ailleurs entériné, sans grande surprise, par la loi du 24 novembre 2009⁹⁴⁵.

Le placement en cellule disciplinaire entraînait également la suspension de tout accès au téléphone⁹⁴⁶; le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 pris pour l'application de la loi du 24 novembre 2009 est venu instituer un nouveau droit à une communication téléphonique par semaine, ou une communication si la durée de la punition de cellule est inférieure à sept jours⁹⁴⁷. La suspension de toutes les activités pratiquées par le détenu vient prolonger la liste des privations. Sont concernées, selon la circulaire du 2 avril 1996, toutes des activités offertes en détention, depuis le sport et les loisirs jusqu'aux formations. Elle omet la mention du travail éventuellement obtenu par le détenu mais Martine HERZOG-EVANS indique que l'impossibilité de poursuivre cette activité est une conséquence directe du placement disciplinaire⁹⁴⁸. Par déduction, l'auteur conclut que les offices religieux font également l'objet de cette suspension d'activités⁹⁴⁹. Quant à la promenade, elle est réduite à une seule, d'une heure, dans une cour individuelle, généralement de taille très restreinte et ne permettant au détenu, ni de correctement se dégourdir les jambes, ni de véritablement profiter de lumière du jour ou d'air frais. On doit cependant y voir déjà un progrès par rapport à la demi-heure octroyée avant le décret du 29 décembre 1972. Radio et télévision sont également exclues des cellules du quartier disciplinaire. Cette fois, cependant, rien n'est indiqué à ce sujet ni dans la circulaire de 1996, ni dans les textes réglementaires antérieurs. L'idée qu'on se fait, par tradition, de la punition, a manifestement évincé ce type de loisir facile. Ne reste donc finalement aux détenus punis, en plus des quelques visites de droit, que la possibilité de lire, et même dans des conditions similaires à celle des autres détenus, selon la circulaire de 1996 : l'obtention d'ouvrages venant de la bibliothèque se fait alors simplement par commande sur catalogue et non plus par déplacement physique, - isolement punitif oblige -, ou encore en faisant venir ses propres ouvrages de sa cellule. Enfin, l'alinéa 2 de l'article D. 251-3 maintenant le droit de correspondance sans restriction, innovation par rapport au régime antérieur à 1983 où le courrier des détenus placés en cellule disciplinaire faisait l'objet de moult limitations quant à sa longueur et à sa fréquence. Sans compter la période précédant le décret du 12 septembre 1972 où toute correspondance, envoyée comme reçue, était carrément interdite. Les décrets d'application de la

si le détenu concerné est un prévenu, soit la CAP si le détenu est un condamné (nouvel article R. 57-8-12 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010).

⁹⁴⁴ Article D. 251-4 CPP. Là encore, il faut remarquer que le médecin ne possède pas un tel pouvoir en matière de placement à l'isolement administratif. Cependant, cette moindre dureté apparente doit être relativisée dans la mesure où « suspension » laisse entendre que la sanction sera *a priori* reprise là où elle avait été interrompue dès que le médecin estimera que l'obstacle médical ou psychologique aura disparu.

⁹⁴⁵ 6° de l'article 726 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹⁴⁶ Article 3.2.6.3.2 de la circulaire du 2 avril 1996

⁹⁴⁷ Alinéa 3 de l'article R. 57-7-45 CPP

⁹⁴⁸ M. HERZOG-EVANS, *Droit de la sanction pénitentiaire*, Paris, Dalloz, 2004, coll. « Référence », p. 152, n° 64.42

⁹⁴⁹ M. HERZOG-EVANS, *Droit de la sanction pénitentiaire*, op. cit., 2004, p. 155, n° 64.63 : le premier alinéa de l'article D. 251-2 CPP mentionne en effet les offices religieux parmi les exceptions aux privations subies dans le cadre de la punition de confinement en cellule. Dès lors, comme l'explique M. HERZOG-EVANS, « [...] [s]i le pouvoir réglementaire a su préserver les offices religieux dans ce cas particulier, il faut en déduire que l'omission d'une protection équivalente, pour ce qui concerne la cellule disciplinaire, était délibérée. »

loi du 24 novembre 2009, datant du 23 décembre 2010 et entrés en vigueur, concernant cette partie des disposition, au 29 décembre 2010, n'ont pas modifié l'état du droit, en-dehors des quelques points signalés au cours du développement et notamment la nouveauté de l'accès au téléphone. Par contre, toutes les règles concernant la sanction de cellule disciplinaire, au même titre qu'à un niveau plus large, le droit disciplinaire, ayant fait l'objet d'un décret en Conseil d'État et ayant été intégralement recodifiées, elles siègent donc désormais aux articles R. 57-7-43 à R. 57-7-48 CPP.

L'isolement en lui-même a une acception stricte dans le cadre de la sanction disciplinaire : hormis les quelques possibilités de visites précédemment évoquées, le détenu doit rester coupé bien évidemment du reste de la détention, mais également des autres détenus punis, et les contacts avec les surveillants doivent se réduire au minimum. Pour terminer le tableau du régime du quartier disciplinaire doit être évoquée la plus grande fréquence des fouilles intégrales, toute entrée ou sortie du quartier, tout déplacement dans la détention étant prétexte à ce type d'investigation.

Si le régime actuel est, comme il apparaît à la description ci-dessus, le fruit d'une humanisation progressive du régime du quartier disciplinaire depuis les années 1970, les conditions de vie y sont encore dénoncées, de nos jours comme particulièrement sordides dans un certain nombre d'établissements. Au-delà de la simple punition, elles spécialisent dans ces cas le quartier dans l'inhumain, alors même que nombre de voix s'élèvent pour contester le régime tel qu'organisé juridiquement. La loi pénitentiaire a permis une avancée certaine, en réduisant à trente jours au grand maximum ce temps de punition plafond ; néanmoins, cela reste long et largement excédentaire par rapport aux moyennes des durées pratiquées dans les pays européens.

L'humanisation du régime du quartier disciplinaire a tout de même connu un réel progrès au plan des conditions de vie quotidienne. Le décret du 12 septembre 1972 a mis fin au régime des vivres restreints qui consistait à ne servir comme repas que du pain et de la soupe, deux fois par jour, aux punis, et ce trois jours par semaine⁹⁵⁰. De même, depuis une note du directeur de l'administration pénitentiaire du 26 janvier 1984⁹⁵¹ entérinée et complétée par la circulaire de 1996, les détenus peuvent garder leurs propres vêtements et cette tenue doit être régulièrement changée afin de maintenir un degré d'hygiène convenable. Le soir venu, ses vêtements de nuit sont donnés au puni en échange de ceux de jour, mais en aucune manière, en tout état de cause, on ne peut lui retirer ses sous-vêtements. Précision importante à inscrire dans le droit, même réglementaire⁹⁵², si l'on en croit la pratique antérieure qui consistait bien souvent à obliger le détenu à dormir nu, afin d'éviter tout risque de suicide. De même, il est désormais inscrit dans la circulaire de 1996 que le détenu peut conserver son matériel de couchage y compris dans la journée⁹⁵³. L'habitude avait déjà été prise dans un certain nombre d'établissements d'effectivement laisser ces rares éléments de confort la journée, dans une cellule dont tout le mobilier est fait de béton ou de matière aussi peu accueillantes, mais cela restait de l'ordre du choix discrétionnaire du chef d'établissement et l'exception à la règle⁹⁵⁴. L'autorisation de fumer dans leur cellule de détention leur a été également octroyée de manière générale par le décret du 28 janvier 1983⁹⁵⁵.

A côté de ces quartiers officialisés de longue date, du moins dans les mesures carcérales qu'ils manifestent, le quartier « arrivants » ou « entrants » est, lui, une organisation récente au

⁹⁵⁰ Au-delà de quinze jours de cellule de punition, le régime des « vivres restreints » ne concernait plus qu'un jour par semaine. (source : M. SEYLER, *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, Paris, CESDIP, coll. « Etudes et données pénales » n° 60, 1990, p. 60).

⁹⁵¹ M. SEYLER, *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, op. cit., 1990, p. 56

⁹⁵² En l'occurrence, toujours la circulaire du 2 avril 1996.

⁹⁵³ Circulaire du 2 avril 1996, *BOMJ* n° 96/62, p. 149. Ce nouvel état du droit met fin au retrait du matériel de couchage durant la journée, disposition issue de la circulaire AP 69-3 du 14 avril 1969.

⁹⁵⁴ Ceci dit, en cas de tendances incendiaires repérées chez le détenu puni, le chef d'établissement peut toujours décider du retrait de ce matériel.

⁹⁵⁵ Déduction des versions successives de l'article D. 347 CPP.

sein de la détention.

◇ d) *Le quartier « arrivants »*

Pratique amorcée dès 1959, l'article D. 284 introduisant dans le Code de procédure pénale l'obligation que les individus entrant en détention soient placés « [...] *isolément dans des cellules d'attente ou des locaux en tenant lieu* »⁹⁵⁶ le temps qu'ils soient affectés dans une cellule ordinaire, le « quartier arrivants » ne s'est pourtant développé, empiriquement, que dans les années 1970 et réglementée à partir de la fin des années 1990, suite à un premier rapport rendu en 1996 sur la prévention du suicide en prison⁹⁵⁷. Ce dernier ne parle pas encore de « quartier » mais demande l'instauration de « *cellules aménagées* » spécialement pour ces arrivants, dont le risque suicidaire est accru du fait du « choc carcéral ». Ces cellules sont alors destinées à prendre place dans un nouveau dispositif d'accueil : l'objectif est de s'appuyer sur la volonté de réintégration de la personne dans une image de sujet qu'elle a souvent perdue suite à la traversée des différentes formalités d'entrée en détention et de lutter contre les gestes désespérés. Ainsi, est notamment proposée l'instauration d'un « *accueil individualisé par un agent référent* »⁹⁵⁸ et le placement dans une cellule, plutôt individuelle mais équipée de moyens permettant un contact facile avec le personnel pénitentiaire, interphone ou système d'alerte sonore.

La circulaire du 29 mai 1998 sur le suicide en prison⁹⁵⁹ ne reprend pas encore à son compte cette organisation préventive de la détention, orientant ses préconisations davantage vers les entretiens d'accueil. Par contre, les premiers « quartiers arrivants » sont créés dans le cadre d'un programme expérimental de prévention du suicide en milieu carcéral mis en place en 1999 suite au rapport de 1996⁹⁶⁰. Le dispositif initial peut être approfondi, avec un personnel dédié à ce quartier particulier qui demande davantage de doigté psychologique, démarche encouragée par Jean-Louis TERRA dans son rapport de 2003⁹⁶¹. Peinant à se mettre en place dans certains établissements⁹⁶², ce concept semble cependant à peu près généralisé aujourd'hui⁹⁶³ et connaît un regain d'intérêt dans le cadre de l'adéquation du droit français avec les règles pénitentiaires européennes de 2006⁹⁶⁴. La règle 16 portant sur la procédure d'accueil du détenu arrivant en détention appartient d'ailleurs aux règles que la France s'est proposé d'appliquer de manière exemplaire, proposition s'inscrivant dans le cadre d'un processus de labellisation partielle des établissements pénitentiaires français. On assiste même à l'émergence d'une

⁹⁵⁶ Alinéa 1er de l'article D. 284 CPP

⁹⁵⁷ S. ZIENTARA-LOGEAY, *Rapport sur la prévention du suicide en milieu pénitentiaire*, [en ligne], Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, mai 1996, 100 p. Disponible via le portail de la Documentation française

⁹⁵⁸ *Idem*, p. 32 -33

⁹⁵⁹ Circulaire AP JUSE9840034C du 29 mai 1998 « Prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires »

⁹⁶⁰ Le programme a été testé dans onze sites pilotes à partir du printemps 1997.

⁹⁶¹ J.-L. TERRA, *Prévention du suicide des personnes détenues. Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de la prévention. Rapport de mission à la demande du garde des Sceaux, ministre de la Justice et du ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes Handicapées*, [en ligne], Paris, Ministère de la justice, déc. 2003, p. 101 Disponible via le site de la Documentation française.

⁹⁶² Constatations notamment de Jean-Louis TERRA lors de ses enquêtes en 2003 (cf. J.-L. TERRA, *Prévention du suicide des personnes détenues*, *op. cit.*, 2003, p.57 et p. 101)

⁹⁶³ C'est ce qui ressort, entre autres exemples, du rapport de la Commission ALBRAND, qui fait référence au « quartier arrivant » comme à une généralité présente dans toutes les maisons d'arrêt. (cf. L. ALBRAND (Commission présidée par), *La prévention du suicide en milieu carcéral*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 2009, notamment p. 144. Disponible sur le portail de la Documentation française.). D'après Boris TARGE, ce type de quartier est instauré dans 95 % des établissements, seules quelques structures de petite taille ne répondant pas à cette exigence. (Entretien du 15 janvier 2010). Dans la lettre de la FARAPEJ de septembre 2008, on parle de 70% des établissements dotés d'un quartier spécifique (cf. *La lettre de la FARAPEJ*, [en ligne], n°1, septembre 2008, p. 2. Disponible via le site de la FARAPEJ)

⁹⁶⁴ Les RPE n'exigent pas en elles-mêmes la création d'un tel quartier mais elles mettent l'accent sur une attention particulière portée aux arrivants, ce qui a conduit l'administration pénitentiaire à choisir de renforcer sa politique tournée sur l'accueil des entrants en détention et appuyée notamment sur la différenciation des quartiers d'entrants et du temps d'acclimatation laissé à ces détenus. En parallèle, la France a choisi de s'inscrire dans un processus de labellisation partielle des établissements pénitentiaires français, et a choisi, dans ce cadre, parmi les règles qu'elle se propose d'appliquer en priorité, la règle 16 portant sur la procédure d'accueil du détenu arrivant en détention (M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *op. cit.*, 2010, p. 28).

véritable logique de quartier sur le plan de l'aménagement, une salle d'audience étant parfois organisée pour permettre à cette population protégée d'avoir des entretiens⁹⁶⁵. La logique de quartier se retrouve également au plan de l'organisation administrative, un surveillant se retrouvant, comme préconisé par les rapports, en poste fixe pour la journée et la fréquence des rondes de nuit étant beaucoup plus soutenue qu'en détention ordinaire⁹⁶⁶.

La théorie veut que le détenu soit seul en cellule, comme on l'a évoqué avec l'article D. 284 CPP, mais il peut cependant demander à être incarcéré avec un autre détenu. En outre, il faut compter avec la surpopulation carcérale actuelle qui vient perturber les règles y compris dans cette sphère préservée et obliger, d'une part, à placer plusieurs détenus par cellule dès le premier jour de détention et surtout, d'autre part, à raccourcir fortement le temps d'observation par rapport à la durée souhaitable : de quinze jours, durée idéale qui laisserait le temps d'une évaluation plus fine du comportement du nouveau détenu et lui laisserait le temps de l'adaptation, on est aujourd'hui passé à des durées de trois à quatre jours en maison d'arrêt. Ce quartier reste un simple sas avant l'entrée dans la « vraie » détention, une période de présentation de l'institution au détenu (présentation des règles et du fonctionnement de l'établissement, ainsi que des différents partenaires au détenu), ainsi que d'observation pour l'administration de l'établissement avant qu'elle n'affecte le détenu, au cours d'une « commission arrivants », dans un quartier de la détention. Il lui faut donc avoir repéré les caractéristiques de l'individu, autant sur le plan psychologique et comportemental (vivant plutôt le jour ou la nuit, fumeur ou ne supportant pas le tabac, capacité à accepter la vie en collectivité même au sein de la cellule, etc.) que sur celui social (étranger, indigent, etc.). La loi du 24 novembre 2009 se place dans cette logique en consacrant un article à la procédure d'information de la personne arrivante : traitant ce temps avec un soin particulier, la loi exige qu'une information complète soit délivrée au nouvel arrivant, sous une forme orale, dans une langue qu'il comprend – afin d'être efficace – et sous une forme écrite, entérinant ici la remise d'un livret d'accueil. Cette information systématique doit porter sur le régime de détention de l'intéressé, ses droits et obligations, les recours qui lui sont ouverts et les requêtes qu'il peut former ainsi, enfin, que « [...] *des règles applicables à l'établissement* »⁹⁶⁷. Une information concernant les recours et requêtes pouvant être formés par le détenu complète l'ensemble⁹⁶⁸.

Ce premier repérage a d'autant plus de sens que la répartition des nouveaux détenus au sein même de la détention ordinaire – donc quartiers d'isolement et disciplinaire mis à part – n'est pas anodine. Il arrive souvent, par facilité organisationnelle du quotidien mais également pour s'assurer du calme dans l'établissement, que les détenus soient regroupés par communautés ou nationalités, ce qui peut correspondre également à une similitude de religion, ou encore par type d'infraction, voire par leur orientation sexuelle. Il s'agit d'éviter que des membres de communautés religieuses ou identitaires en rivalité sur le plan international⁹⁶⁹ ne se retrouvent ensemble en cellule, de protéger notamment les transsexuels et travestis, de placer ensemble des individus susceptibles d'avoir le même régime de vie (même rythme, voire mêmes habitudes alimentaires) et même de s'entraider⁹⁷⁰. Autant de détails qui facilitent la gestion de la détention et désamorcent les conflits, mais qui ne sont absolument pas actés par le droit. On se trouve là dans une gestion tout à fait discrétionnaire et rentrant dans les attributions de chef de service du

⁹⁶⁵ En effet, appartient également au dispositif d'accueil la rencontre, par le détenu arrivant, de toute une série de professionnels, à commencer par le directeur ou son représentant et par un membre de l'équipe soignante (médecin ou infirmier), mais également un travailleur social, et éventuellement un instituteur, un psychologue, le chef de détention etc.

⁹⁶⁶ Toutes les vingt à trente minutes contre trois rondes entre 19 heures et 6 heures en détention ordinaire (*source* : *La prison vue de l'intérieur. Regard et paroles de ceux qui travaillent derrière les murs*, Paris, Albin Michel, 2007, p. 31)

⁹⁶⁷ Article 23 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹⁶⁸ Article 23 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

⁹⁶⁹ Voir parfois entre villes ou quartiers d'une même commune.

⁹⁷⁰ Notamment dans le cas d'étrangers maîtrisant mal la langue française.

directeur de l'établissement⁹⁷¹.

Ainsi que l'explique Boris TARGE, il faut bien différencier le fonctionnement de ces quartiers et de l'accueil général des détenus selon qu'on se place en maison d'arrêt, où surpopulation et « *turn-over* » rapide font loi, ou en établissement pour peine, où la durée de placement dans ces quartiers peut s'étaler sur la durée idéale de quinze jours et s'avérer une véritable étape d'observation. La différence est flagrante : dans le second cas, ce temps est organisé, des entretiens avec chaque acteur ou partenaire de l'établissement doivent permettre au condamné de formuler ses souhaits, d'évaluer sa bonne assimilation des règles de l'établissement, de forger un parcours d'exécution de peine (PEP).

La différence est aussi marquée concernant les conditions de travail de la « commission arrivants », normalement instituée dans tout établissement : en maison d'arrêt, elle se réunit une fois par semaine et traite le cas des arrivants de la semaine, sachant qu'un certain nombre ont déjà été affectés en détention, sans attendre son avis ; selon les cas et les informations transmises dans le cadre de ce conciliabule interdisciplinaire, qui peuvent parfois éclairer sous un jour nouveau une situation, l'affectation initiale sera revue ou non. En réalité, cette commission gère surtout des problèmes extrêmement pratiques, tels que faire venir du linge propre au détenu, trouver une solution à une situation économiquement désastreuse voire assurer la prise en charge de l'animal de compagnie resté seul et en danger vital. En établissement pour peine, la « commission arrivants » peut profiter pleinement des quinze jours d'observation ; l'affectation sera décidée en son sein donc suite à une véritable concertation pluridisciplinaire, à laquelle participera quasi inmanquablement le directeur de l'établissement pour peine, une présence qui est beaucoup moins systématique dans les maisons d'arrêt⁹⁷².

Répartition de la population pénale entre les établissements en fonction de leur spécialisation officieuse ou redécoupages similaires, mais à l'échelle d'un établissement, de cette même population sur des critères tenant à la personne davantage qu'à la peine prononcée ne sont pas actés par le droit. Elle est le signe qu'avec le surpeuplement, et pour éviter les effets éventuellement néfastes de l'uniformisation, on en revient à un régime basé sur la personne et la personnalité du délinquant davantage que sur l'établissement dans lequel il est incarcéré. Une situation sans doute davantage en accord avec les principes pénaux actuels.

◇ e) *Le quartier « courte peine » devenu « quartier nouveaux concepts »*

Le principe des « quartiers courte peine », création intégrée au programme pénitentiaire posé par la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002, visait à la fois, d'une part, à permettre la mise à exécution de courtes peines souvent non exécutées, malgré leur prononcé par un tribunal compétent, faute de moyens pour ce faire et, notamment, de place dans des établissements pénitentiaires déjà surpeuplés, et d'autre part à la faire exécuter dans de bonnes conditions, avec une véritable dimension de prévention de la récidive. Il s'agit donc de casser le parcours délictueux engagé, en punissant mais aussi en évitant tout contact délétère avec des populations beaucoup plus délinquantes, présentes notamment dans les maisons d'arrêt, et en engageant une véritable démarche de réinsertion dans la société. Il s'agit de punir de manière éducative, en amenant la personne à réfléchir à son acte et, sur une période d'incarcération courte, à l'amener à « *un nouveau départ* »⁹⁷³. Ce nouveau type de structure visait ainsi les personnes condamnées à des peines inférieures ou égales à un an d'emprisonnement.

⁹⁷¹ Cette répartition reste subsidiaire à celle imposée par l'article D. 86 CPP au chef d'établissement qui interdit que plusieurs personnes mises en examen dans une même affaire ne soient incarcérées ensemble.

⁹⁷² Ainsi que nous l'a indiqué Monsieur TARGE, il s'agit d'un problème d'« écoles » divisant le corps des directeurs d'établissement pénitentiaires, entre ceux qui pensent devoir voir tous les arrivants, y compris en maison d'arrêt et quelle que soit la taille de l'établissement (il faut alors songer à Fleury-Mérogis) et ceux qui envisagent la fonction de directeur, à ce niveau, davantage comme une fonction d'encadrement, de fixation des règles et des critères permettant d'effectuer la répartition. (Entretien du 15 janvier 2010)

⁹⁷³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Dominique Perben présente un nouveau concept pénitentiaire pour une meilleure individualisation de la peine. La création d'établissements destinés aux courtes peines d'emprisonnement » [dossier de presse], [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 27 avril 2005, p. 5. Disponible via le portail « vie publique ».

L'idée était de proposer, dans ces petites structures, pouvant aller de 30 à 120 places, un programme individualisé, constitué d'activités pédagogiques, civiques ou thérapeutiques, s'étendant sur des durées effectives d'enfermement comprises entre une et six semaines, le règlement intérieur permettant l'alternance dans la journée, entre des périodes d'encellulement individuel et des moments de vie collective.

Dans la mesure où ces quartiers sont rattachés aux maisons d'arrêt, l'affectation des personnes revient au chef d'établissement, qui peut ainsi également, en retour, utiliser le renvoi en détention normale en maison d'arrêt des détenus placés dans ces quartiers favorisés qui n'en respecteraient pas le règlement intérieur.

Cette première mouture a en réalité un peu évolué, pour se rattacher, sur le plan des concepts, aux centres pour peine aménagée, mais surtout, apparemment, pour se fondre avec les « quartiers de préparation à la sortie » parfois créés, empiriquement, dans certaines maisons d'arrêt, et se rattacher à l'objectif-phare de préparation à la sortie, qui rejoint les fondamentaux des « quartiers courte peine » : prévention de la récidive, réinsertion. Les nouvelles structures prévues évoluent donc en accueillant plusieurs unités en leur sein, ce qui offre, à côté d'unités réservées aux « courtes peines », de nouvelles places pour des personnes sous le régime de la semi-liberté, dans le cadre de nouveaux « quartiers nouveaux concepts ». Quant au public des unités « courtes peines » il demeure le même – auteurs de violences conjugales, d'infractions routières et d'infractions en lien avec des conduites addictives (drogue, alcool, etc.) – mais le seuil de la durée de la peine prononcée est repoussé à deux ans et le « programme courtes peines » étendu à huit semaines. Ce dernier apparaît désormais très structuré, assis sur deux types de modules, l'un « criminologique », axé sur la réflexion sur le comportement violent, par le biais de groupes de parole et d'activités physiques ou culturelles, l'autre « d'insertion » composé de programmes plus sociaux d'éducation, formation, recherche d'emploi, etc. Ces programmes sont organisés sous l'égide des SPIP qui peuvent faire appel, pour leur mise en oeuvre, à des partenaires locaux publics ou privés (collectivités locales, associations, services publics compétents), la direction de l'établissement pénitentiaire et les personnels de surveillance y étant intimement associés, ne serait-ce que par l'obligation d'imposer, dans ces quartiers, un régime de détention en adéquation avec le type de prise en charge responsabilisante qui y est proposée. Notamment, c'est un régime « portes ouvertes » qui y est instauré, chaque détenu possédant la clef de sa cellule.

Toujours rattachées administrativement à une maison d'arrêt ou un centre pénitentiaire, ces structures sont en cours de construction, une première tranche prévoyant trois sites pilotes, à Fleury-Mérogis, Seysses (DIR de Toulouse) et Nantes⁹⁷⁴. Une expérimentation préalable a été opérée au centre pour jeunes détenus de Fleury-Mérogis ; le quartier de Seysses a pour sa part été livré en 2009⁹⁷⁵. En l'état actuel de la situation, néanmoins, deux questions se posent : d'une part, l'inégalité de traitement dans l'accès à ces structures selon que le détenu aura la chance d'être incarcéré dans une maison d'arrêt disposant de cette nouvelle structure ou pas – aucune mesure ne semble prise pour que les condamnés puissent choisir leur maison d'arrêt d'affectation, en fonction de leur souhait de suivre ces programmes particuliers d'exécution de peine – ; d'autre part, comment cette mesure, qui concerne directement des personnes condamnées à de courtes peines va-t-elle s'articuler avec l'exigence de la nouvelle loi pénitentiaire, qui s'axe sur le rejet de l'incarcération en faveur d'une autre sanction pour toutes les courtes peines, en matière correctionnelle ? Un choix entre sanction en milieu libre ou une incarcération en « quartiers courte peine » sera-t-elle proposée au délinquant ? Le choix reviendra-t-il au juge, ce qui modifiera alors la répartition du pouvoir décisionnel actuellement dévolu au chef d'établissement ? La situation appelle à être éclaircie.

De toute évidence, l'institution psychiatrique et celle carcérale ne peuvent connaître la même évolution : les enjeux de la (dé)spécialisation n'y sont pas les mêmes, notamment sur le plan idéologique, et l'une et l'autre ne partent pas de la même structuration, l'institution

⁹⁷⁴ Le projet initial prévoyait Strasbourg comme troisième site

⁹⁷⁵ COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, pp.138-139 et surtout, « Réponse du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et de libertés », pp. 210-213

psychiatrique cachant le régime disciplinaire qu'elle pratiquait dans son système de pavillons, là où l'institution carcérale le faisait éclater au grand jour, ce qui lui valait alors de le normer un minimum. Et pourtant, à y regarder de plus près, ces deux évolutions parallèles ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. Au cœur de ce type d'entités, deux formes de spécialisation se dessinent, identiques dans les deux cas : l'une touche à l'affinement de la réponse à donner à l'accueilli, patient ou détenu, quand l'autre retrouve davantage son hérité de micro-société autonome. On pourrait parler de qualité du service dans la première quand la seconde travaillerait sur la discipline interne, sauf à considérer que la deuxième participe également, à sa manière, à la qualité de la prise en charge. En tout état de cause, c'est bien cette seconde forme de spécialisation qui interpelle. La nécessité demeure, malgré l'explosion de l'institution totale, de pouvoir extraire les plus dangereux voire les plus agités du groupe, bon ordre et sécurité de l'institution obligent. La spécialisation n'a alors pas d'autre origine : avoir des lieux où isoler les individus perturbateurs et en tirer un principe de hiérarchie entre les quartiers ou services. On l'appelle simplement soin ou rééducation dans l'une pendant qu'on parle de discipline dans l'autre. Il est vrai qu'*a priori*, la prise en charge qui s'applique derrière n'est pas la même, le sens donné non plus. Le principe de base reste malgré tout le même. Mais cette forme de spécialisation ne peut être acceptable dans nos sociétés libérales que si elle s'effectue en toute transparence, par le biais de procédures contrôlables et contestables à tous les niveaux. C'est bien l'opacité qui fait le totalitarisme de l'institution en protégeant l'arbitraire.

La prison semble malgré tout garder davantage d'habitudes propres à l'institution totale que l'hôpital psychiatrique. Ainsi en est-il de l'absence de mixité des structures, aujourd'hui définitivement abolie dans le cadre psychiatrique, et ce au moins depuis les années 1960-1970. Ce type de comparaison amène cependant à réfléchir sur la nature intrinsèque de chacune de ces deux entités juridiques. Est-on là dans une véritable nécessité de l'institution ou est-ce une réminiscence de l'institution totale dont la prison contemporaine ne parvient pas à se défaire ? Les conditions de vie connues par les enfermés dans les deux institutions posent la même question.

IV. LES CONDITIONS DE VIE, BAROMETRE DE LA CONDITION SOCIETALE DES « ENFERMES » ?

Les conditions de vie cristallisent toutes les évolutions, les avortements, les pas de côté opérés par rapport à la théorie organisant le fonctionnement des institutions psychiatrique et pénitentiaire. Application pratique de ces systèmes, elles en sont « l'épreuve du feu », signalant immédiatement les oublis dans ces systèmes parfois trop épurés pour pouvoir se glisser dans la réalité concrète. Elles sont la mise en relation de ces schémas théoriques avec la matière humaine si bigarrée, avec les contraintes économiques, avec les impératifs matériels. Véritable baromètre, à ce titre, à la fois de l'esprit du temps, dans sa dimension politique et idéologique, vis-à-vis du délinquant et du « malade psychiatrique » et de ses capacités matérielles : il ne s'agit plus d'en rester à l'observation d'images et d'objectifs plaqués sur une réalité mais de plonger au cœur de cette réalité, pour vérifier l'effectivité de mise en œuvre des politiques annoncées et de leurs effets.

Ainsi, si une évolution nette semble marquer la qualité des conditions de vie même au sein des unités fermées des hôpitaux psychiatriques (A), la situation est moins reluisante dans les prisons, les maisons d'arrêt semblant atteindre un paroxysme sur tous les plans, et ce malgré les travaux de réhabilitation et d'agrandissement ou les remplacements des bâtiments trop vétustes engagés depuis de nombreuses années par les différents gouvernements (B).

A · DANS LES HOPITAUX PSYCHIATRIQUES

Les témoignages et études sur les conditions de vie dans les hôpitaux psychiatriques au sortir de la guerre et dans les années 1950-1960 présentent deux tableaux aux forts contrastes, confinant à l'opposition. Une confrontation issue directement de l'effervescence théorique connue dans l'après-guerre, en réaction au schéma asilaire et totalitaire : tandis que le premier tableau reste, précisément, l'héritier du vieux système, le second s'inscrit dans cette révolution idéologique (1).

L'évolution progresse vers l'amélioration, qualitativement incomparable à l'heure actuelle, de ces conditions d'enfermement et de vie dans le cadre de l'unité d'hospitalisation fermée, quoiqu'une relativisation due à la pénurie de lits se fasse jour depuis quelques années (2).

§ 1. Les années de recherche : la rupture des années 1950 - 1960

Alors que, premier tableau, les dénonciations de situations indignes d'êtres humains, faites d'entassement, d'absence de soins sérieux de centaines de malades, voués à la chronicité et à l'irréversible « sédimentation », et même de mauvais traitements, se veulent le reflet de la grande majorité des situations (a), des descriptions, idylliques en comparaison, présentent le résultat des méthodes novatrices, psychothérapie institutionnelle en tête – second tableau – (b). Le regard porté sur les patients est opposé, résultat et conditions de vie s'en ressentent.

◇ a) *Premier tableau : les hôpitaux psychiatriques héritiers de l'institution totale*

Le premier tableau présente des lieux dans la parfaite continuité de l'avant-guerre : une spécialisation des pavillons en fonction des pathologies, mais dont le système de progression dans l'espoir de guérison et de sortie⁹⁷⁶, surtout, est très vite acquis par les malades. A l'intérieur de ces établissements aux conditions de vie difficiles, certains lieux atteignent des sommets au plan de l'inhumanité, la vie et les rapports entre personnes y étant ramenés aux stades les plus primaires du développement humain, *quasi* animal. Les infirmiers désertent ces lieux vécus comme une punition pour eux tandis que les patients sont laissés à leur folie régressive, sans aucun cadre normatif au plan psychique⁹⁷⁷.

La présence à l'éclipse du médecin, qui passe chaque matin pour la visite journalière puis disparaît jusqu'au lendemain ; la vie faite, pour les uns, d'oisiveté déplorée, pour les autres, de travail au service de la collectivité, - ou du médecin-chef (emplois de maison) - amenant de plus en plus le spectre, sinon de l'esclavage, du moins de l'abus de pouvoir eu égard à la modicité du pécule en rapport ; la mauvaise réputation des infirmier(e)s et notamment des surveillants-chefs, connus parmi les malades pour « faire la loi » et posséder une emprise sans comparaison sur le médecin, ; la crainte dans laquelle vivent les malades des thérapies dites « de choc »⁹⁷⁸ ; le maintien alité attaché et/ou le port en permanence de camisoles de force de certains patients particulièrement agités voire dangereux, etc. Autant de poncifs paraissant exagérés et pourtant rapportés, non seulement par des anciens patients, mais par des psychiatres et des infirmiers⁹⁷⁹. Sans doute est-ce l'amalgame qui amène la caricature. Il faudrait retracer la vie dans chaque type de pavillons pour rendre une image sincère de ces lieux. Entre un pavillon où les patients sont attachés toutes la journée, dans les cris, et ceux où ils partent travailler pour ne rentrer qu'aux repas et le soir, le fossé dans les conditions de vie est grand.

Il apparaît cependant que, de manière transversale aux types de services, c'est bien l'infirmière ou le surveillant en chef qui règne en maître, et qui peut influencer fortement sur la décision du médecin quant à l'orientation des malades vers d'autres pavillons ou vers la sortie. Transparaît également souvent la surpopulation, les patients pouvant parfois être amenés à

⁹⁷⁶ Cf. ce chapitre, *supra* p. 198

⁹⁷⁷ Cf, pour davantage de précision, ce chapitre, *supra* p. 198 et s.

⁹⁷⁸ Electrochoc, insulinothérapie (ou cure de Sackel) etc.

⁹⁷⁹ Cf. les différentes contributions au numéro 197 de la Revue *Esprit* intitulé « Misère de la psychiatrie » de décembre 1952 (*op. cit.*, pp. 777-944).

dormir sur des matelas à même le sol, rangés dans la journée, dans les lieux où ils mangent et où ils vivent à temps complet⁹⁸⁰. Mais dans tous les cas, même sans surpopulation, la politique est à la vie communautaire, sauf pour les malades vraiment agités qui bénéficient de cellules individuelles : la surveillance impose moins de personnel, ce qui prime sur l'éventuel besoin d'intimité des patients. Les soins restent ceux d'avant-guerre, à base d'hydrothérapie et des plus récents électrochocs ou autres cures de Sackel, dans la mesure où le personnel et les infrastructures sont disponibles en nombre suffisant pour les délivrer. Face à cette carence thérapeutique, la contrainte prend une place hypertrophiée.

Est stigmatisée, surtout, l'atteinte à la dignité, gratuite, ou plus exactement par inattention voire « oubli » du caractère d'être humain et de la sensibilité du malade : à son arrivée, la personne est dépouillée de toutes ses affaires, habillée de vêtements sans forme, généralement douchée sans autre forme de procès, anéantissant tous les efforts esthétiques (coiffure, maquillage, etc.) tournés vers la vie sociale. Jusque dans les années 1950, la femme mariée va perdre son alliance – et son nom d'épouse d'ailleurs, pour se voir redonner celui de jeune fille⁹⁸¹ – dans son internement. Certes, cette dégradation vécue comme humiliante par les malades entrants n'est pas réellement une volonté d'humiliation mais surtout l'application d'un principe de précaution faisant fi de la personne, ne visant que la sécurité, prévention des agressions, des vols, des suicides⁹⁸². Et surtout, la psychothérapie par la parole brille par son absence, méthode de soins incompatible avec des effectifs importants de patients face à un nombre réduit de médecins.

Les témoignages de malades s'avèrent également enrichissants par la subjectivité même du regard porté sur les traitements et le rôle des soignants : au-delà de leur contenu brut, c'est surtout « [...] *l'atmosphère d'abandon et de mystère, d'imprévisible absurde et horrifiant qu'on laisse se développer* [...] »⁹⁸³ chez ces personnes se sentant en permanence punies d'être malades et soumises à un pouvoir absolu dont elles ne parviennent pas à percer les règles véritables. Se construit donc un monde d'arbitraire, établi sur le rapport gentillesse/punition dans lequel les traitements qui épouvantent, tels que l'électrochoc, sont une menace constante. Transparaissent ainsi nettement l'absence de dialogue entre soignants et patients, le silence par rapport à l'attitude tenue par le corps médical envers le patient lui-même et envers les autres. Ressort également la parfaite assimilation de la « [...] *société très solidement structurée et hiérarchisée, assez féodale avec sa classe serve* [...] *des internées et son médecin-chef de droit divin* [...] »⁹⁸⁴ à laquelle il faut rajouter la classe de pouvoir intermédiaire des infirmiers et surveillants, qui sait rappeler son statut supérieur aux malades. Sans tomber dans le misérabilisme des gardiens tortionnaires, il est clair que cette hiérarchie reste fortement ancrée dans la culture asilaire de ces années d'après-guerre, quelle que soit l'attitude bienveillante de certains soignants.

Dans les propos virulents des docteurs LE GUILLANT et BONNAFE⁹⁸⁵ apparaît l'image d'un système qui s'auto-alimente : des pratiques irrespectueuses de la personne non-remises en cause car protégées par leur caractère d'habitude, une absence de créativité justifiée par

⁹⁸⁰ Cf., outre la contribution de L. LE GUILLANT et L. BONNAFE « La condition du malade à l'hôpital psychiatrique » dans « Misère de la psychiatrie », *op. cit.* 1952, notamment pp. 850-852, avec un extrait de rapport officiel d'une Commission parlementaire mandatée pour enquêter sur la situation de l'hôpital psychiatrique de Quimper (note 1 p. 850) sur ce sujet, la communication de Samuel ODIER, « Rénovation psychiatrique à l'hôpital de Saint-Egrève dans les années cinquante : un nouveau cadre pour une nouvelle approche ? », dans *Questions à la « révolution psychiatrique »*, *op. cit.*, 2001, p.56 et les éclairantes photographies prises par Roger CAMART, jeune psychiatre, au coeur de l'hôpital où il travaillait, à Perra-Vaucluse, puis des clichés de la vie à l'hôpital de Tunis, rassemblés dans Ph. ARTIERES et J.-F. LAE (dir.), *L'asile aux fous, un lieu d'oubli*, *op. cit.*, 2009, pp. 17-52

⁹⁸¹ Cette pratique est réprouvée par le ministre de la Santé, qui demande sa cessation dans sa circulaire n° 148 du 21 août 1952, « Fonctionnement des hôpitaux psychiatriques ».

⁹⁸² Cf. L. LE GUILLANT et L. BONNAFE, « La condition du malade à l'hôpital psychiatrique », dans « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, pp. 859-860

⁹⁸³ Ph. KOEHLIN, « Traitements psychiatriques vus par des malades internées », dans « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, p. 842

⁹⁸⁴ J. ALIZON, « L'internée dans son cadre » dans « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, p. 871

⁹⁸⁵ L. LE GUILLANT et L. BONNAFE, « La condition du malade à l'hôpital psychiatrique », dans « Misère de la psychiatrie », *op. cit.*, 1952, pp. 843-869

l'installation confortable dans une routine pour certains soignants, la peur de la nouveauté pour d'autres, surtout une organisation fonctionnelle et un manque de moyens matériels qui empêchent ces transformations.

Dans les faits, on semble donc louvoyer entre, d'un côté, réification de la personne, enfermée, dépouillée de tout, et soumise au pouvoir totalitaire du pouvoir médical comme du personnel et, de l'autre côté, infantilisation d'un individu, qui y a retrouvé une place de sujet. Peut-être une telle description est-elle un tant soit peu excessive, ne serait-ce que par sa généralisation. Sa véracité va donc varier selon les établissements ; mais dans combien n'a-t-elle pas un soupçon, au moins de vérité ?

Ces conditions de vie vont être transformées par l'arrivée du premier neuroleptique en 1952. Les malades se calment, la contrainte mécanique peut se faire moins pressante. Avec le développement exponentiel de la pharmacologie, qui a pu décevoir dans la mesure où elle ne s'est pas révélée non plus la solution miracle résorbant la folie, davantage de patients ont pu sortir et ne plus être contraints qu'à un suivi en ambulatoire⁹⁸⁶.

◇ **b) Second tableau : les hôpitaux psychiatriques réformateurs**

Mais surtout, un certain nombre d'établissements sont atteints par la nouvelle posture intellectuelle soignante que sont la psychothérapie institutionnelle et le désaliénisme, ouvrant sur de nouvelles méthodes de soin. Second tableau présenté en alternative minoritaire, au premier, ces nouvelles conceptions de la psychiatrie révolutionnent, on l'a vu, le regard jeté sur l'institution asilaire mais aussi sur l'individu soigné⁹⁸⁷. Réification, de toute évidence, mais aussi infantilisation sont éradiquées au profit d'une reprise en main au quotidien de sa vie par le patient. Il va s'agir d'ergothérapie, de sociothérapie, de sorties d'essai et bien entendu, d'entretiens psychothérapeutiques, de mises en place de clubs thérapeutiques, la constitution d'une active vie culturelle allant jusqu'à faire sortir les malades de l'asile pour des sorties en ville et organisant des activités internes à l'établissement mais permettant de créer du lien social entre les patients : bals, concours de jeux de cartes, création d'un journal, etc. Il ne s'agit plus de cantonner le patient à un travail pour la collectivité mais de donner, on l'a vu, une dimension thérapeutique réelle et renforcée. En conséquence, le travail pourra être le même, mais n'ayant pour objectif que la résonance de soin, il pourra être arrêté à tout moment, en tant qu'activité ergothérapique, ou être moins régulier pour laisser place à d'autres activités, avec d'autres intérêts thérapeutiques ; les nécessités de fonctionnement ou logistiques de l'établissement ne présideront plus à l'affectation du temps des malades, qui géreront – ou verront gérer – leur vie en fonction du soin de leurs troubles⁹⁸⁸. L'intérêt est également, à des époques où la séparation en pavillons est vivace, de faire se rencontrer la population des différents bâtiments. Le changement est radical mais impose des soignants motivés et qui sachent s'impliquer dans ce soin. A partir du moment où confiance est faite à l'individu malade, où les standards ne partent plus d'un principe de précaution abusivement compris et destructeur de la personne mais du principe que le fou est une personne comme une autre, à ménager simplement, le renversement salutaire est consommé. Exit les brimades et traitements dégradants d'admission et, de toute évidence, les éventuelles attitudes punitives du personnel. L'institution est un lieu de soin, non de correction.

Enfant de ces deux modèles-types, l'évolution générale tente de s'éloigner du premier

⁹⁸⁶ Cf. entre autres sur le sujet O. BONNET, « De l'asile à l'hôpital psychiatrique : la « révolution » des années cinquante à l'hôpital Sainte-Marie de l'Assomption à Clermont-Ferrand », dans *Questions à la « révolution psychiatrique »*, op. cit., 2001, pp. 43-44 et P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, pp. 133-135

⁹⁸⁷ Cf. *supra*, présentation de l'évolution de la politique de soins en psychiatrie ainsi que I. von BUELTZINGSLOEWEN, « Révolution au quotidien, révolution du quotidien : les transformations de la pratique psychiatrique à l'hôpital du Vinatier dans les années cinquante », dans *Questions à la « révolution psychiatrique »*, op. cit., 2001, pp. 19-32

⁹⁸⁸ Cf. également ce chapitre, partie sur le travail, *supra* et notamment les témoignages du Docteur DUBLINEAU, de Monsieur CHASTAGNET dans Ph. ARTIERES et J.-F. LAE (dir.), *L'asile aux fous, un lieu d'oubli*, op. cit., 2009, pp. 93-95

sans parvenir à atteindre le second, qui ne restera l'apanage que de quelques lieux de soins aux mains de psychiatres particulièrement ambitieux et convaincus.

§ 2. L'évolution salubre et « sans retour » des conditions de vie dans les services psychiatriques fermés

La déspecialisation des pavillons, entraînée par la sectorisation qui s'impose à partir de la circulaire de 1960⁹⁸⁹, a également un écho important, on l'a évoqué⁹⁹⁰, sur la qualité des soins et l'humanité des conditions de vie dans certains services. Ainsi, elle spécifie bien que dans le nouveau contexte établi par elle, « *la notion d'établissement ou de service pour un seul sexe ne peut être maintenue [...]* »⁹⁹¹, imposant de ce fait la généralisation d'une mixité engagée par les médecins adeptes de la psychothérapie institutionnelle⁹⁹². La directive sera rappelée neuf ans plus tard dans une circulaire propre à cette question, soulignant la difficulté pour certains établissements à accepter ce changement touchant des questions de mœurs pour certains⁹⁹³. Mais surtout, la sectorisation autorise la touche finale de l'organisation des soins telle que prônée par le désaliénisme : la possibilité de laisser sortir davantage de patients, leur rendre leur liberté dès qu'ils ne nécessitent plus des soins intensifs ou l'environnement hospitalier, même s'ils sont plus rétablis que guéris. Ainsi, les hôpitaux se vident pendant que les patients vont vivre en ville, dans le cadre d'un nouveau réseau médico-social, permettant des prises en charge au quotidien plus ou moins intensives selon les capacités du malade.

La chute du nombre de patients hospitalisés – en terme de stock à un instant donné – a amené les gestionnaires à réduire le nombre de lits, en outrepassant les bornes du raisonnable eu égard à une demande de nouveau en augmentation⁹⁹⁴. S'instaure alors dans un certain nombre de grands établissements des stratégies dites « du tourniquet », amenant à faire sortir les patients de manière prématurée afin de libérer des lits pour les suivants, arrivant en crise. La qualité des soins est altérée, preuve en est des réhospitalisations rapides des mêmes patients, mal stabilisés par ces séjours trop courts⁹⁹⁵. Sans compter tous les patients non accueillis, faute de places disponibles⁹⁹⁶.

Au plan des conditions de vie durant l'hospitalisation, la qualité en matière de conditions de séjour à l'hôpital a réellement progressé depuis les années 1960, la meilleure reconnaissance de droits des patients se manifestant en général par un plus grand respect de la personne, des lieux maintenus propres, un service hôtelier comparable à celui des hôpitaux généraux. La tendance est également à porter une attention particulière à l'environnement architectural et paysager ainsi qu'à l'aménagement intérieur, afin de le rendre plus gai et chaleureux, au-delà des seules consignes de sécurité.

Quant à la vie quotidienne, elle semble continuer à s'articuler sur la visite quotidienne du médecin dans l'unité, pour ses consultations avec certains de ses patients. La surcharge de travail connue par les psychiatres, en sous-effectif dans le secteur public, les rend peu présents, sans compter l'essoufflement connu par certains au bout de nombreuses années de pratique dans des services difficiles, et qui ne peuvent néanmoins changer, au risque de ne pas être remplacés. Cette situation, approchée dans sa globalité et, notamment, ce manque de temps à consacrer aux

⁹⁸⁹ Circulaire du 15 mars 1960

⁹⁹⁰ Cf. ce chapitre, *supra* p. 198 et s.

⁹⁹¹ Cf. chapitre III, point 1 de la circulaire du 15 mars 1960

⁹⁹² I. von BUELTZINGSLOEWEN, « Révolution au quotidien, révolution du quotidien : les transformations de la pratique psychiatrique à l'hôpital du Vinatier dans les années cinquante », dans *Questions à la « révolution psychiatrique »*, op. cit., 2001, p. 26

⁹⁹³ Circulaire n° 12 du 24 janvier 1969 « relative à la bisexualisation des hôpitaux psychiatriques », non parue au Journal Officiel.

⁹⁹⁴ Cf. *supra* p. 143 et note 375

⁹⁹⁵ P. COUPECHOUX, *Un monde de fous*, op. cit., 2006, p. 143; C. PRIEUR, « La psychiatrie française va de plus en plus mal », [en ligne], Le Monde.fr, 20/11/2008 mis à jour le 2/12/2008

⁹⁹⁶ Cf. S. DUFAU, *Le naufrage de la psychiatrie*, Paris, Albin Michel, 2006, pp. 45-48

patients individuellement, peut atteindre la qualité des soins dispensés : non-réévaluation des traitements, dosages mal jugés, trop élevés car fixés par habitude plus que par appréciation individualisée et amenant à constater des situations de « plafonnement » chez les patients, etc.⁹⁹⁷ Une présence médicale au sein de l'établissement est néanmoins assurée pour l'ensemble de la journée, un médecin devant pouvoir être contacté en urgence à tout instant, notamment afin de prescrire une mise en chambre d'isolement ou la pause de contentions. Les équipes infirmières restent cependant la présence soignante continue de l'unité.

Les journées sont occupées de manière variée, en gardant à l'esprit que tout geste, même le plus quotidien, peut avoir un sens thérapeutique. En conséquence, si les occupations journalières restent cantonnées à quelques heures sur l'ensemble de la journée, le travail thérapeutique prend lui une place *quasi* continue. Même l'absence d'activité, drainant l'ennui chez certains patients, devient thérapeutique, la gestion de la vacuité étant un apprentissage à mettre en chantier chez eux. Le rapport d'activité de 2009 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté⁹⁹⁸ permet de se faire une idée plus précise de l'offre d'activités dans les unités aux patients. Le minimum présent *quasi* invariablement dans les unités fermées est la salle de télévision et souvent, une cafétéria dans les unités de CHS, tandis qu'une telle structure est généralement inaccessible aux HSC dans les hôpitaux généraux, du moins dans un premier temps, car extérieure à l'unité fermée. L'accès à une bibliothèque peut être aisé lorsqu'elle existe au sein même de l'unité ; dans les unités dépendant d'hôpitaux généraux, ce n'est pas toujours le cas, ce qui en limite l'accessibilité.

Reste qu'un sentiment prime apparemment, revenant de manière récurrente dans les récriminations des patients, celui de l'ennui, qui tout thérapeutique qu'il peut apparaître au corps soignant, n'en est pas moins difficile à supporter pour les patients... et qui, de toute évidence, ne peut avoir de valeur thérapeutique qu'à dose modérée. Le manque de personnel semble une des principales causes du manque d'offres d'activités durant les journées, matériel et locaux étant généralement disponibles. Le désintérêt des responsables médicaux et administratifs pour cet aspect du soin, alors qu'eux seuls ont le pouvoir décisionnel pour demander ou allouer des crédits en conséquence, engager animateurs et ergothérapeutes, s'oppose aux plaintes des patients mais aussi aux regrets du personnel infirmier de ne pouvoir s'investir davantage dans ce type d'accompagnement des patients, faute de temps. Le phénomène est aggravé, il est vrai, par le manque d'initiative des patients à s'organiser des occupations, un déficit qui peut paraître assez évident, intrinsèque même, à un certain nombre de troubles et en réponse auquel la stimulation *via* l'offre d'activités variées semble bien dans les missions du personnel. Les contrôleurs des lieux de privation de liberté ont pu constater, sur ce point, une réelle différence entre les activités offertes aux patients placés en UMD, nombreuses et variées, où l'ergothérapie est considérée comme partie intégrante du projet thérapeutique, et celles offertes aux patients accueillis dans des unités fermées, et de manière encore plus flagrante, lorsque ces unités dépendent d'hôpitaux généraux et non de CHS. Est apparue également aux contrôleurs la diversité des situations, entre les établissements du fait de la personnalité du chef de service, sans doute, et de la politique budgétaire de l'établissement, mais aussi en fonction de la nature de l'établissement voire de l'unité, entre les UMD, les unités intégrées dans des CHS et celles rattachées à des hôpitaux généraux.

Dans un premier temps au moins, les patients étant séquestrés dans l'unité sans possibilité de sortie, ils devront donc se contenter de ce qui leur est proposé.

S'ajoute, parmi les progrès, la mise en place de plus en plus généralisée de réunions entre patients et soignants, qui permet de désamorcer des conflits, entendre et répondre aux récriminations, donner des explications, et rendre au patient sa place de sujet pensant et acteur potentiel, même à petite échelle, de la vie de l'unité.

⁹⁹⁷ Situation dans laquelle un individu a atteint un seuil de médication le rendant non réceptif à la ou aux substances psychotropes absorbées voire à d'autres substances associées. En d'autres termes, un certain nombre de médicaments, et notamment les substances en cause, perdent tout effet sur lui. Ces situations seraient dues à des surdosages médicamenteux chroniques ayant accoutumé l'organisme de la personne à ces produits.

⁹⁹⁸ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE(CGLPL), *Rapport d'activité 2009*, [en ligne], *op. cit.*, 2010, pp. 74-81

B · DANS LES PRISONS

Surpopulation⁹⁹⁹, vétusté, insalubrité... Il est rare que l'état des établissements pénitentiaires soit associé à des qualificatifs d'un autre acabit, de prime abord ; forme de retour à une description des établissements de la fin de la guerre où la situation était déplorable, et ce par rapport à des standards sociaux moins exigeants par rapport aux temps actuels : la surpopulation touchait tous les établissements, absence d'installations sanitaires et de chauffage dans les cellules concurrençant le maintien des « cages à poules »¹⁰⁰⁰ dans d'autres établissements et une discipline encore rigoureuse, constituée des règles pour certaines humiliantes ou gratuites telles que le port du costume pénal pour les condamnés, les interdictions de fumer¹⁰⁰¹, la privation de nombreuses libertés ou droits .

La réalité n'est plus aussi négative aujourd'hui, elle est surtout plus contrastée, et ce suite à des politiques de rénovation et de construction du parc pénitentiaire récurrentes dans les années 1960¹⁰⁰² puis 1980 et enfin 2000 : à la surpopulation endémique des maisons d'arrêt dont le parc immobilier, en cours de réhabilitation, est en effet fortement dégradé et ancien, répond le *numerus clausus* des établissements pour peines – cause d'une part de l'engorgement des premières d'ailleurs – qui garantit une adéquation correcte entre la capacité des infrastructures et le nombre de condamnés accueillis. Généralement plus récents aussi, ils ne sont pas exempts de toute violence ou dysfonctionnement pour autant mais offrent, pour beaucoup, une meilleure qualité dans la vie quotidienne. Leur règlement intérieur s'avère, en outre, généralement plus souple, l'ensemble donnant une impression de plus grand respect de la personne humaine dans ce second type d'établissement carcéral.

Il se révèle que les importantes réformes de 1972 et 1975 ont surtout profité aux condamnés incarcérés dans les anciennes maisons centrales : on a vu se créer les centres de détention au régime assoupli car tourné vers la réinsertion, et se détendre le régime des maisons centrales sur un certain nombre de règles brimantes voire considérées comme humiliantes, pour le détenu, règles qui, il est vrai, n'existaient pas dans les maisons d'arrêt¹⁰⁰³. Peu de modifications, par contre, dans le régime de ces derniers établissements, qui était à la base moins émaillé que le régime des maisons centrales de ce type de règles considérées aujourd'hui comme dégradantes et inutiles : tout était affaire de relativité des conditions de vie ; les réformes opérées dans les règles des maisons centrales ont retourné la situation.

Par la suite, toutes les créations de nouveaux types d'établissements, avec des régimes moins rigides que dans les établissements originels que sont les maisons centrales et les maisons d'arrêt, ne vont concerner que les condamnés. Centres de semi-liberté et centres pour peine aménagée peuvent éventuellement avoir des retombées indirectes, dans la théorie, sur les conditions d'incarcération en maison d'arrêt dans la mesure où ils correspondent à la création de nouvelles places de détention, libérant, pour d'autres condamnés en attente, des places dans les établissements pour peines ou bien dégageant directement les maisons d'arrêt de quelques-uns de leurs condamnés à des courtes peines.

⁹⁹⁹ Au 1er août 2010, 60 881 personnes étaient incarcérées pour 56 428 places opérationnelles, ces chiffres incluant les mineurs (source : site du ministère de la Justice, <http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/>, [en ligne], (consulté le 3 septembre 2010)). On sait que sur ce nombre de personnes, 758 étaient des mineurs. Par contre, il est impossible de trouver le nombre de places pour mineurs actuellement opérationnelles et en conséquence, de terminer le calcul pour aboutir au *ratio* de la surpopulation des seuls majeurs.

¹⁰⁰⁰ Cellules individuelles de taille extrêmement réduite, faites de grillage et utilisées notamment, après la loi de 1875 sur l'encellulement individuel, pour cloisonner les dortoirs communs.

¹⁰⁰¹ L'autorisation de fumer va être donnée à titre de récompense aux détenus dès 1947, la tonte des cheveux à ras et le port des sabots abolis en 1954.

¹⁰⁰² Notamment la construction de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis entre 1964 et 1968, célèbre pour son gigantisme et d'ailleurs encore la plus grande d'Europe.

¹⁰⁰³ Tel est le cas de la règle du silence imposé (tombé en désuétude dès la Réforme AMOR mais officiellement supprimée dans les années 1970), de la tonte à ras des cheveux et de l'interdiction du port de la barbe ou de la moustache pour les hommes, de la disparition du costume pénal, de l'entrée du maquillage pour les femmes et du droit de fumer pour ces dernières, sur ce dernier point brimées par rapport aux hommes.

Ces réformes ne concernent en tout cas pas directement les prévenus, qui restent soumis à l'un des régimes les plus stricts et aux conditions de vie les plus déplorables de celles connues dans les établissements pénitentiaires alors même qu'ils sont encore présumés innocents : les permissions de sortie ne leur sont pas accessibles ; de même, le principe de l'encellulement individuel de jour et de nuit est contourné : alors qu'il devait les protéger de leurs congénères incarcérés parmi lesquels il faut compter des truands avérés¹⁰⁰⁴, la pratique fait jouer l'exception autorisée au principe pour des raisons logistiques, ne gardant plus que l'encellulement continu et transformant en collectif ce qui devait être solitaire. Dévoyée par cette application partielle du principe, la protection se retourne alors en une source de plus grande insécurité : enfermés en continu, soit parfois, on l'a évoqué, vingt-deux heures sur vingt-quatre, en surnombre dans une cellule exiguë à la base, devant s'entendre avec des individus qu'ils n'ont pas choisis et avec lesquels ils n'ont pas forcément d'affinités, voire un mode de vie sensiblement différent, l'Autre devient rapidement insupportable. L'agressivité est ainsi exacerbée par une usure passive des meilleurs tempéraments, sans compter la difficulté de s'habituer aux privations, à commencer par celle d'une intimité qui n'a plus de lieu pour se manifester dans un tel contexte.

Cette surpopulation carcérale est à l'origine de bien des maux connus par les maisons d'arrêt : le nombre de détenus ne correspondant pas aux capacités des infrastructures empêchent de permettre l'accès à tous les détenus à toutes les activités proposées, faute de places dans les salles, faute de personnel en nombre suffisant également. Dans certains cas, le tri se fera de lui-même, les détenus n'étant pas forcément enclins à participer à des activités organisées par l'administration pénitentiaire et ainsi se corrompre dans les bras de « l'ennemi », en s'intégrant à « son jeu », mais il reste problématique que sur certaines activités particulièrement prisées, l'administration soit obligée de refuser l'accès à plusieurs individus intéressés pour de basses raisons logistiques. Sa mission de réinsertion ne peut que s'en trouver mise à mal. S'ensuit le renforcement du maintien d'une certaine misère sociale, l'accès au travail, seule source de revenus, ne pouvant également être reconnu à tous¹⁰⁰⁵. Là encore, une sélection sera opérée, pouvant être la cause de jalousie et de violences par ricochet entre détenus, le racket n'étant pas la moindre. Une misère s'appuyant également sur l'insignifiance de ce temps vide, d'attente contrainte, alors même qu'il serait des missions de l'administration pénitentiaire de profiter de ce temps pour aider le détenu à se réintégrer dans un tissu social qu'il peut ressentir comme hostile ou qu'il a déserté. On peut même, considérer que cette mission doit s'étendre aux prévenus, le système judiciaire ayant jugé bon de les extraire pour un temps de la société au risque de les désocialiser : l'institution agirait alors comme réparateur de ce mal inhérent à l'incarcération, même courte, voire profiterait de l'occasion qui lui est donnée de toucher des personnes déjà désocialisées. Or, si ces présumés innocents peuvent éventuellement obtenir un travail – sous toutes les réserves précédemment évoquées en terme de concurrence entre détenus – et bénéficier des offres culturelles, ils ne sont pas intégrés dans les programmes de formation ou d'éducation, leur maintien en détention étant aléatoire. Il en va d'ailleurs souvent de même des très courtes peines ou des condamnés en attente de transfert : les seconds risquent de connaître leur établissement d'affectation définitive d'un jour à l'autre et d'y partir dans le même temps, les premiers n'ont plus à effectuer que des temps de peines inférieurs à celui minimum d'une formation une fois que le souhait est cerné et le stage trouvé.

Il en va de même pour l'accès aux soins qu'ils soient somatiques, bucco-dentaires ou psychiatriques, où la sur-demande issue de la surpopulation vient s'ajouter au désintérêt marqué pour le travail en prison de la part des professionnels de santé : l'accès à une infirmière peut s'obtenir relativement facilement, mais dès qu'il s'agit d'un soin spécialisé, obtenir une consultation peut prendre plusieurs semaines. Quant au soutien psychiatrique, si la présence est plus soutenue que pour tout autre spécialité, la demande est telle que le(s) praticien(s) peu(ven)t

¹⁰⁰⁴ Décivant l'état actuel des conditions de détention, nous ne pouvons tenir compte de la volonté de réforme posée par la loi du 24 novembre 2009, qui mettra du temps à rentrer en application sur ce plan, surtout ayant posé un nouveau moratoire de cinq ans.

¹⁰⁰⁵ 39 % des détenus auraient eu une activité rémunérée en 2008 (source : <http://prisons.free.fr/statistiques.htm>, [en ligne], consulté le 3/9/2010). D'après nos calculs issus des chiffres disponibles sur le site du ministère de la justice (<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/la-vie-en-detention-10039/le-travail-12001.html>, [en ligne], (consulté le 3/9/2010)), on serait à 27 %, comptabilisant le travail dans les ateliers concessionnaires, dans ceux de la RIEP et le service général.

avoir du mal à subvenir rapidement à toutes ces sollicitations¹⁰⁰⁶. Sans compter qu'un front de soignants refuse le qualificatif de soin à des prestations fournies dans un tel cadre, en lui-même pathogène, sur le plan psychique et refuse en conséquence d'y exercer.

La violence physique comme morale semble une donnée incontournable, mais également en expansion au sein des maisons d'arrêt, en tout cas entre co-détenus. La proximité constante en cellule exacerbe, on l'a dit, l'agressivité des détenus. La situation de pauvreté et les inégalités entre la situation des personnes incarcérées, celles pouvant travailler ou recevant des subsides de leurs proches et ceux privés de toute ressource, apportant inévitablement son lot de racket et de vols dans un public par définition à tendance violente et sans repère de valeurs ou ayant des difficultés à respecter les bornes posées par celles-ci. Le besoin d'afficher son pouvoir et la « loi du plus fort » régnant sur les rapports entre détenus impliquent également l'exercice d'une telle violence. Certains endroits, notamment dans les cours de promenade, sont ainsi réputés pour être des zones de non-droit où les surveillants se gardent bien de pénétrer. Le code d'honneur du détenu ou la crainte de représailles imposent en outre le silence sur ce type d'actes dont l'ampleur exacte demeure ainsi une « zone grise » difficilement cernable quantitativement contrairement aux agressions à l'encontre des agents pénitentiaires « [...] recensées avec précision par l'administration »¹⁰⁰⁷. Un climat de violence reste de toute façon toujours larvé, s'exprimant sur un mode mineur *via* les insultes continuelles lancées, y compris à l'encontre des surveillants ou des visiteurs extérieurs. Les attaques à l'encontre des surveillants, si elles semblent diminuer et sont sévèrement punies disciplinairement, n'en sont pas moins régulières.

Surpopulation signifie également dégradation accélérée d'infrastructures pour beaucoup déjà vétustes et carrément insalubres. Non seulement le cadre de vie, déjà pesant, devient insupportable, mais il peut mettre en jeu la santé des détenus, sans évoquer leur seule sécurité¹⁰⁰⁸ : manque d'aération, absence de chauffage, voire même risque de s'électrocuter tant certaines installations sont défectueuses... Dans quelques établissements paroxystiques, certaines descriptions apparaissent incroyables. Elles sont pourtant confirmées, au plus officiel, par des constats d'huissier et sanctionnées par des arrêts du juge administratif¹⁰⁰⁹, dénoncées par les instances de contrôle aussi bien internes qu' internationales¹⁰¹⁰, et aujourd'hui généralement

¹⁰⁰⁶L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 219-220

¹⁰⁰⁷ Expression reprise à la Cour des comptes, dans COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire. « Prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, p. 36

¹⁰⁰⁸ Et sans compter une autre conséquence annexe, l'insuffisance de personnel, dont les effectifs par établissements, aussi bien pour le personnel surveillant que d'insertion et de probation, médical etc., sont calculés sur l'effectif théorique maximum de détenus accueillis. Or ce manque de personnel a des effets importants sur le ralentissement des mouvements, sur le frein éventuellement mis à certaines initiatives, sur le temps d'attente rallongé pour des consultations par exemple médicales, sur la gestion des parloirs etc. (cf. Th. HAMMARBERG, *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], *op. cit.*, novembre 2008, p. 10, § 38).

¹⁰⁰⁹ Pour exemple : la première décision rendue en ce sens : TA Rouen, 27/3/2008, « M. DONAT », req. n° 0602590, (*Recueil Dalloz* 2008, pp. 1959-1963, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2008, pp. 245-246, note E. PECHILLON ; *AJDA*, 2008, p. 668, note J-M. PASTOR) confirmé en appel par décision du 24/6/2008 ; puis TA Rouen, 6/5/2009, req. n°0900578, (*AJ P*, 2009, p. 278, obs. E. PECHILLON) ; TA Nantes, 8/7/2009, « M. Roger GAUTHIER », req. n°055547 ; TA Rouen, ord. référé, 6/5/2009, « M. Paul TURNER, M. Yannick FREGER et M. Mohamed KADOURLI », ord. n°0900578, confirmée en appel CAA Douai, 12/11/2009, « Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Paul TURNER, M. Yannick FREGER et M. Mohamed KADOURLI », req. n° 09DA00782 ; CAA Nantes, 28/10/2010, « Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Messieurs Anthony PEREIRA GUIMARAES, Sébastien MENARD et Roger GAUTHIER », req. n°09NT02289, 09NT02290 [en ligne], 09NT02291 [en ligne], Légifrance

¹⁰¹⁰ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE (CGLPL), *Rapport d'activité 2008*, *op. cit.*, 2009, pp. 75-77 et 100-101 ; CPT, entre autres rapports, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France du 11 au 17 juin 2003*, [en ligne], portail du CPT, publié le 31 mars 2004, p. 12, §12 et CPT, *Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectué en [...] du 27 septembre au 9 octobre 2006*, [en ligne], *op. cit.*, 2007, p. 62 §146; Th. HAMMARBERG, *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], *op. cit.*, novembre 2008, p. 9, § 32 à 34 et antérieurement, A. GIL-ROBLES, *Rapport sur le respect effectif des droits de l'Homme en France suite à la visite du 5 au 21 septembre 2005*, [en ligne], site du Commissaire européen aux droits de l'Homme, 2006, § 74 à 81 (consulté le 8/10/2009)

reconnues comme exactes par l'administration elle-même¹⁰¹¹. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté s'est pour sa part fortement focalisé sur l'installation des sanitaires sans séparation dans les cellules, consécration ultime de l'absence d'intimité totale et de l'atteinte à la dignité imposée aux détenus dans nombre de maisons d'arrêt.

Face à cette vétusté des anciens établissements l'administration présente ses établissements modernes, tenant compte de nombre d'éléments visant à garantir le respect de l'intimité et du respect de la personne, mais qui, dans un excès contraire, paraissent absolument déshumanisés au point que certains détenus préfèrent leurs anciennes geôles où les « mouvements » imposaient un contact humain avec le surveillant, qui, quelle que soit l'opposition de principe qu'on pouvait avoir face à ces représentants de l'ordre établi, restait un contact avec un semblable¹⁰¹². Sans compter la réaction identique des personnels pénitentiaires nommés dans ces établissements, où pourtant ils sont davantage protégés au plan de leur intégrité physique, par cette diminution du contact direct. Et on peut s'interroger sur le devenir de la mission de réinsertion, qui devient alors l'objet d'activités ciblées, limitée dans le temps, et non plus une culture immanente aux rapports sociaux. Certes, l'absence de cette mission est généralement dénoncée dans les anciens établissements, mais c'est peut-être poser là un verdict trop radical, car s'appuyant sur un standard qui paraissait normal : les rapports sociaux étaient nécessaires, ceux cultivés en prison entre détenus et surveillants par principe non conviviaux. La disparition de ce standard minimum même rappelle qu'il existait malgré tout et qu'il avait sans doute son rôle, même infime, le seul peut-être, qu'exerçait dans certains cas, de manière occulte mais continue, l'institution pénitentiaire sur le plan de l'objectif de réinsertion.

Le régime et les conditions de vie sont, on l'a évoqué, généralement nettement plus acceptables en établissements pour peines où le détenu cumule un double avantage sur les prisonniers de maisons d'arrêt : celui d'avoir une cellule personnelle, voire, si la sécurité le permet, le choix entre le partage d'une cellule avec un autre prisonnier ou posséder son lieu propre ; et celui de bénéficier d'une vie collective organisée par les textes. Le principe est en effet celui du régime auburnien, prônant le travail en commun le jour. Depuis que ce dernier n'est plus obligatoire, il s'agit donc de permettre en tout cas toute forme d'activité le jour, sans compter que certains de ces établissements, souvent des centres de détention, sont soumis, on l'a mentionné à plusieurs reprises déjà, au régime « portes ouvertes » qui permet aux détenus de circuler librement au sein de la détention durant la journée pénitentiaire et de se créer une vie sociale. Il peut ainsi leur être possible, par exemple, de prendre des repas en commun, confectionnés en collaboration, dans la salle commune. Le principe est, dans tous les cas, de les rapprocher le plus possible de la vie extérieure, en les responsabilisant et en leur réapprenant les gestes quotidiens.

Il reste cependant difficile d'exposer les conditions de vie dans ces divers établissements, le règlement intérieur pouvant fortement influencer sur la vie quotidienne par le biais d'interdictions ou d'autorisations valables pour l'établissement, ainsi que par tout un jeu de tolérances en fonction du climat à instaurer au sein de la détention. Il est notoire dans le cercle pénitentiaire, on le rappelle, que certains établissements sont réputés pour leur rigueur et leur sécurité tandis que d'autres sont plus laxistes, ayant davantage visé d'expériences sur le plan de l'exécution de la peine, comme on le constate à Casabianda ou à Mauzac. Il est clair, en outre, que l'ambiance sera très différente, et le régime également, généralement, entre un établissement à taille humaine, d'une capacité d'une centaine de détenus, et une véritable « industrie » telle que

¹⁰¹¹ Il est vrai que sur ce plan, le film illégalement enregistré par trois détenus de Fleury-Mérogis a mis l'administration devant une impasse mais a sans doute permis également à l'opinion publique de se rendre compte de la réalité de la situation déjà dénoncée de manière récurrente par certains de ses membres.

¹⁰¹² Des soulèvements de détenus ont déjà eu lieu contre l'ultra-modernité déshumanisée de ces nouveaux établissements, notamment à Corbas, près de Lyon (remplaçant pourtant les maisons d'arrêt Saint-Paul et Saint-Joseph de sinistre réputation sur le plan de la vétusté et de l'indignité des locaux). (cf. article « Le paradoxe des nouvelles prisons » du 25/3/2010 [en ligne] , site du Génepi de Rennes, <http://genepi-rennes.over-blog.com/article-le-paradoxe-des-nouvelles-prisons-47375055.html>, consulté le 13/7/2010). Le nombre de suicides dans cette maison d'arrêt où les détenus ont été transférés en mai 2009 apparaît également inquiétant : il est de trois en moins d'un an (cf. article « Corbas : 3 suicides en moins d'un an » du 26/2/2010, [en ligne], site de Mag2Lyon, <http://www.mag2lyon.com/article/10820/Corbas>, consulté le 13/7/2010).

Fleury-Mérogis, drainant plusieurs milliers d'individus incarcérés.

D'une manière générale, l'histoire de l'institution pénitentiaire semble pourtant avoir été celle de son amélioration. L'assouplissement général, au terme de réformes successives, des régimes imposés dans chaque type d'établissements appuie ce constat. Le quartier disciplinaire est tout à fait symptomatique de l'évolution du regard porté sur le détenu et des standards de punition : partant avant 1969, d'un lieu sordide où le détenu pouvait être placé pour quatre-vingt dix jours consécutifs, au pain, à la soupe et à l'eau trois jours par semaine, et privé de toute activité, y compris de correspondance, dans un lieu à la fenêtre volontairement obturée, et se voyait retirer tout son matériel de couchage le matin, il dispose à l'heure actuelle d'une cellule certes spartiate, dans certaines prisons même singulièrement dégradée et inacceptable sur le plan sanitaire, mais *a priori* éclairée de manière suffisante pour pouvoir lire, ouvrages comme correspondance étant autorisés, bénéficiant de la même nourriture que le reste de la détention, n'ayant plus à subir les brimades telles que la coupe des cheveux à ras et retrouvant le droit de fumer. Certes, les constats actuels démontrent que l'institution a encore du chemin à parcourir vers un état de respect du détenu, d'une punition qui ne soit pas l'exercice, indigne pour une démocratie porteuse d'humanisme, d'humiliations outrepassant la seule sanction de l'acte, des humiliations remettant en cause le second objectif d'une peine intelligemment comprise, celui de la réinsertion, à terme. Il n'empêche que les droits de la personne incarcérée sont, de plus en plus, reconnus et affirmés – prise de conscience juridique nécessaire – et des moyens sont cherchés pour qu'ils soient effectivement appliqués. L'élévation des standards *minima* d'acceptabilité des conditions de vie participe de cette prise de conscience généralisée et scandalisée de l'état des prisons.

Le travail et l'isolement, les deux thèmes mis en exergue dans le précédent chapitre, ont connu une forte évolution au plan de leur sens en prison. Le second, on le voit, n'a pas de véritable prégnance dans les établissements pénitentiaires, pour le cadre commun : impossible à mettre en place en la situation actuelle dans les maisons d'arrêt où il est pourtant exigé¹⁰¹³, il a éventuellement plus de réalité dans les établissements pour peines où certains détenus choisissent le retrait de toute relation sociale. Isolement volontaire qu'ils ont la possibilité d'assouvir. Certes, dans ces différents établissements demeurent l'isolement administratif, protecteur pour le détenu ou stratégique pour l'administration, et l'isolement punitif, via le confinement en cellule ou le placement au quartier disciplinaire. Dans ces deux cas, l'isolement sera alors à temps et sur une durée de plus en plus contrôlée par des autorités externes à l'établissement lui-même et raccourcie progressivement. La prison n'est donc pas un lieu d'isolement alors même que la France se départit, parallèlement, de ses dernières structures purement collectives, dortoirs et réfectoires notamment. La politique semble progresser, influencée aussi par les conditions matérielles et les flux de populations, vers un habile entre-deux, l'idéal recherché étant le ménagement d'un espace d'intimité, ménager la sécurité, sans priver le détenu de tout contact.

Quant au travail, la situation a basculé, on l'a évoqué, à partir de 1987 où il a perdu son caractère obligatoire, alors que depuis la réforme de 1972, il n'était déjà plus un élément de la peine. Il a donc perdu toute connotation afflictive pour ne plus revêtir que l'habit valorisant de l'adjuvant à la réinsertion. On a expliqué le caractère ambigu de la réalité de cette contrainte devenue droit pour le détenu, mais un droit crucial car jouant sur l'appréciation de la bonne conduite et de la volonté de réinsertion que prendra en compte le juge d'application des peines pour éventuellement aménager cette dernière. Sans compter qu'il sera la seule source de

¹⁰¹³ Mais le ministère de la Justice ne désespère pas de pouvoir enfin appliquer l'article 87 de la loi du 24 novembre 2009, ravivant l'exigence des articles 716 et 717-2 du CPP qui prévoient l'encellulement individuel dans les maisons d'arrêt et de mettre enfin un terme au moratoire adopté depuis 2002 et reconduit régulièrement depuis. La Chancellerie prévoit ainsi un taux d'encellulement individuel à 95 % en 2017 réparti sur l'ensemble du parc pénitentiaire (ce qui signifie de toute évidence qu'un certain nombre de détenus devront faire le choix entre un cellule individuelle dans un établissement éloigné de leur famille ou d'accepter un encellulement collectif pour rester proche d'elle). (source : COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 27).

revenus, dans bien des cas, pour les détenus, alors que la vie en prison est loin d'être gratuite : hormis le minimum fourni aux plus indigents pour s'habiller et maintenir une hygiène personnelle acceptable, ainsi que le « gîte » et le couvert, tout autre besoin doit s'acheter par le biais de la cantine. Les plus démunis peuvent éventuellement accéder à une aide financière minime, dont le droit a été récemment légalisé par la loi du 24 novembre 2009¹⁰¹⁴, et l'octroi ainsi harmonisé entre les différents établissements pénitentiaires. Les familles peuvent éventuellement ravitailler le détenu en vêtements et en livres, mais encore faut-il qu'il en ait une, qui ne le rejette pas ni ne le délaisse. Et *a contrario*, si le détenu a une famille à soutenir au-dehors, il sera également fortement demandeur d'un emploi rémunéré en prison. Un droit fortement incité à être mis en exercice donc, et qui le devient encore plus avec l'instauration d'une obligation d'activité imposée aux condamnés par la récente loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, alors même que cette application n'est pas évidente : la pénurie de travail pénitentiaire ne peut répondre à toutes les demandes¹⁰¹⁵. Une prérogative qui, en outre, peut être assez éloignée de la vision idéaliste l'assimilant forcément à la réinsertion. Comme l'analyse finement Cécile TEA, étant donné la désocialisation d'une bonne part de la population arrivant en prison, étant donné également son niveau faible d'instruction, ce seront généralement des tâches simples qui seront proposées, en tout cas aux courtes peines qu'il ne serait pas rentable de former avant de leur attribuer une tâche plus complexe. Dès lors, le travail fourni, au moins en maison d'arrêt, ne permettra pas au détenu d'élever son niveau d'instruction et fort peu ses capacités professionnelles. Il ne pourra généralement pas utiliser cette expérience professionnelle de retour dans la société¹⁰¹⁶. Certes, ce constat sera éventuellement un peu moins vrai concernant le service général, où les tâches peuvent donner matière à formation également (notamment le travail en cuisine¹⁰¹⁷ et du travail de maintenance technique ou celui dans les espaces verts de la prison) mais le service général, et surtout celui offert dans ces conditions, est loin de pouvoir drainer toutes les demandes d'emploi émises par les détenus.

On retrouve là une explication de la présence plus importante des entreprises concessionnaires privées et du SEP¹⁰¹⁸ dans les établissements pour peines qu'en maisons d'arrêt

¹⁰¹⁴ Au même titre que l'aide en nature précédemment mentionnée (cf. article 31 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009)

¹⁰¹⁵ Cf. à ce sujet le *Rapport d'activité 2009* du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, faisant un état des lieux de la situation du travail en prison, en relatant autant les difficultés structurelles des établissements que l'impact du contexte carcéral sur le ralentissement de la production etc., freinant les entreprises à devenir concessionnaires, l'impact de la crise économique et financière actuelle sur l'activité notamment lorsqu'elle est concédée à des entrepreneurs privés, la forte mobilisation des directeurs d'établissements dans la recherche d'entreprises concessionnaires, mais aussi la forte disparité des situations d'un établissement à l'autre, en fonction du marché et des entreprises locales, de sa situation géographique par rapport aux centres économiques et aux zones industrielles. Des disparités jouent sur la nature des activités proposées, le nombre de places offertes aux détenus souhaitant travailler, le taux de rémunération, l'organisation interne de la répartition du travail entre les détenus travailleurs (multiplier le nombre de places, pour un nombre d'heures et un salaire plus modeste pour chacun par exemple), la répartition du temps de travail sur la journée etc. On retrouve dans tous les cas, généralement un constat sur le caractère peu qualifiant du travail proposé, faiblement rémunéré et son insuffisance par rapport au nombre de candidats (pp. 37-46 et 81-86)

On notera d'ailleurs que l'administration a tenu compte de cette difficulté à doter tous les détenus d'un travail lors de sa rédaction des décrets d'application de la loi du 24 novembre : le contenu de l'obligation d'activité, ainsi d'ailleurs que le laissait entendre l'article 27 de la loi, consistera donc aussi bien en un emploi qu'en une activité relevant de l'éducation ou de la formation, mais aussi des activités culturelles et même physiques et sportives (article R. 57-9-1 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010). On peut supposer qu'il s'agit ici de tenir compte de toutes les classes d'âge et situations sociales des personnes condamnées (y compris, notamment, les personnes retraitées) mais cela desserre incontestablement l'étau de l'obligation de trouver un emploi dans ce cadre de pénurie de travail pour l'administration.

¹⁰¹⁶ C. TEA, « Le travail et la détention ». Contribution au colloque « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? », *RPDP* n° 1/2005, p. 79

¹⁰¹⁷ Cf. exemple à la Maison d'arrêt de Villeneuve-lès-Maguelone dans *La prison vue de l'intérieur*, op. cit., 2007, pp. 233-234

¹⁰¹⁸ La Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires (RIEP) gère une quarantaine d'ateliers implantés dans les établissements pénitentiaires et permettant d'offrir une activité rémunérée aux détenus. Elle est elle-même gérée par le Service de l'Emploi Pénitentiaire (SEP), service à compétence nationale qui s'occupe également de l'organisation de la production des biens et services par les détenus, d'en assurer la commercialisation et d'organiser « [...] l'aide au développement d'activité de travail et de formation dans les établissements pour peines [...] » (site du Ministère de la Justice, [en ligne], <http://www.sep.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=11559&article=17655>, consulté le 31/07/2010).

: il est plus simple d'offrir de manière rentable, des formations qualifiantes à des condamnés à de longues peines. Face à ce constat, formation professionnelle¹⁰¹⁹ et enseignement retrouvent un intérêt décuplé incitant à lever les blocages existants à ces niveaux (soit le manque de personnel, parfois de lieux de capacité suffisante, la suspension de ces offres due à des régimes particuliers d'enfermement – placement en quartier disciplinaire et, de manière plus durable, isolement administratif –, l'incompatibilité des emplois du temps qui devraient pourtant mettre à même le détenu de pouvoir profiter pleinement de ces cours sans être pénalisé, financièrement ou affectivement, par un choix à opérer entre le cours ou un travail ou bien, encore, avec une visite au parloir). Dans ce dernier cas, la solution dite « de la journée continue de détention » tend à s'instaurer dans tous les établissements qui en ont les capacités en infrastructures, logistiques et contextuelles, soit à l'heure actuelle près de la moitié des prisons¹⁰²⁰ : le principe est de proposer une journée séparée en deux temps, le matin et début d'après-midi consacrés au travail sur le rythme d'employé d'usine à huit heures quotidiennes, la fin de journée pour les autres activités. Cela permet ainsi au détenu intéressé de travailler et être rémunéré sans être privé des autres offres plus culturelles, ludiques ou éducatives. Sans compter la solution des cours par correspondance pour toutes ces situations. Mais reste à activer et assurer le moteur fondamental de toutes ces activités et projets : la motivation du détenu, qui paraît faire bien souvent défaut. Et il est évident que dans tous les cas, le pire fléau des prisons demeure l'oisiveté, et tout particulièrement lorsqu'elle est pratiquée par de petits « caïds » recevant des subsides de l'extérieur et pour lesquels la peine carcérale peut difficilement jouer un quelconque rôle rédempteur : elle est sans emprise sur eux, ils se contentent de « passer » dans la prison et d'y laisser couler leur temps carcéral, éventuellement en y asseyant leur pouvoir sur leur co-détenus.¹⁰²¹ C'est précisément cette oisiveté dangereuse et stérile que l'obligation d'activité veut juguler, cette dernière ne pouvant par contre, guère trouver de solutions éradiquant le problème du caïdat.

Quant aux personnes socialement bien intégrées avant leur entrée en prison, à des niveaux professionnels éventuellement élevés, de toute évidence, la prison ne leur permettra pas de se réintégrer à ce même niveau, eu égard au degré de qualification nettement inférieur des emplois proposés en détention. Là encore, sa vocation utopique de tremplin vers la réinsertion restera une expression théorique et non une réalité. Une réponse à ces situations particulières se trouve sans doute à l'article 718 et à l'alinéa 3 de l'article D. 101 du Code de procédure pénale, qui permettent au détenu de travailler pour son propre compte ou pour celui d'une association, dès lors que le chef d'établissement leur en donne l'autorisation. Mais peut-on alors encore parler de travail pénitentiaire ?

L'aperçu des conditions de vie ici tracé ne tient compte que de la vie dans les établissements, abstraction faite des chambres d'isolement, mises sous contention, quartiers d'isolement ou disciplinaire, et des moments souvent tendus et douloureux qui les entourent. Sans doute sont-ce ces outils de contrainte à la disposition de l'institution qui lui conservent potentiellement une image d'institution totale voire totalitaire. C'est extraite de ces périodes et lieux paroxystiques, dans un premier temps, qu'il faut considérer la vie proposée dans ces

¹⁰¹⁹ La formation professionnelle est un problème en soi en prison, ne pouvant s'avérer réellement attractive pour les détenus que si elle est rémunérée. Or le Contrôleur général des lieux de privation de liberté constate une fonte des budgets lui étant alloués par l'Etat, régulière depuis plusieurs années, ce qui peut remettre en cause la qualité d'une formation, par la diminution du nombre d'heures lui étant consacrées afin d'en diminuer les coûts, ou la diminution de la rémunération des stagiaires détenus (cf CGLPL, *Rapport d'activité 2009, op. cit.*, 2010, pp.46-51). En toute vraisemblance, l'entrée des collectivités locales notamment au titre de tiers pouvant concourir à assurer le service public pénitentiaire aux côtés de l'administration pénitentiaire est une invitation à oeuvrer dans le cadre de la formation professionnelle, qui est une des compétences des régions, par le biais de financements locaux qui seront autant de charges en moins pour l'Etat. (cf. article 3 de la loi du 24 novembre 2009). D'après nos calculs à partir des chiffres de 2010, environ 33,5 % des personnes détenues auraient suivi une activité de formation professionnelle en 2009 (cf. DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Les chiffres clés de l'administration pénitentiaire au 1er janvier 2009*, Paris, éd. du Ministère de la Justice, 2009, p. 9).

¹⁰²⁰ Entretien avec Monsieur Boris TARGE, 15 janvier 2010

¹⁰²¹ Sur le problème du travail et de la formation professionnelle, cf. également les pistes proposées par la Cour des comptes dans son rapport de juillet 2010, COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit, pp. 87-95

institutions pour prendre la juste mesure de leur caractère encore totalitaire, c'est-à-dire destructeur de l'être humain par inattention institutionnelle et juridique. Si ce caractère semble encore en partie réel pour l'institution carcérale, les mesures de sécurité continuant à prendre le pas sur toute autre considération, la situation marque de fortes disparités entre établissements pour peines et maisons d'arrêt. Les efforts et avancées dans un sens d'humanisation et d'amélioration de ces conditions de vie, mais aussi de travail en vue de la réinsertion des personnes emprisonnées sont indéniables. Reste que l'institution semble submergée par la population dont elle a la charge, une population difficile et nombreuse, source elle-même de dangers et de dégradations importantes des conditions de vie envers toute une partie des détenus. On voit une institution en mouvement d'humanisation et d'ouverture, répondant ainsi à la logique droit-de-l'homme anti-totalitaire, débordée par les exigences sécuritaires qu'on lui impose et qui travaillent dans le sens contraire. Les conditions matérielles connues à l'hôpital psychiatrique apparaissent plus saines, la révolution psychiatrique a de toute évidence trouvé davantage de résonances et opéré un schisme plus profond avec la période antérieure. Ces conditions de vie, notamment à l'hôpital psychiatrique, n'en sont pas pour autant banales, et surtout elles apparaissent très disparates selon le service, le chef de service, l'établissement d'accueil. Néanmoins, sans doute le regard du personnel sur la population dont il a la charge joue-t-il également un rôle : parmi les soignants de psychiatrie, l'image de la personne atteinte de troubles psychiques en tant que sujet et personne à part entière semble définitivement acquise ; le détenu porte toujours avec lui l'opprobre de sa faute, ce que certains personnels pénitentiaires peinent à oublier.

Notre hypothèse de départ concernant l'intérêt de l'étude des conditions de vie se vérifie ainsi sans conteste : on retrouve, dans cette dernière peinture de la vie quotidienne au sein de ces deux institutions, les résultats, sur les individus et leur condition au sein des institutions, de la mise en œuvre de toutes les évolutions connues par le fonctionnement interne institutionnel. Fruit des idéologies nouvelles, mais aussi des paramètres basement matériels et économiques, on perçoit ici pleinement l'intérêt des réussites et des échecs du basculement idéologique d'après-guerre. Chaque élément du puzzle trouve sa traduction dans cette mise en application pratique immédiate, y trouve les raisons de ses critiques et les prémisses de ses améliorations...dans la mesure où administration et gouvernants sont prêts à y porter attention. Elles marquent ainsi l'évidente transformation de ces deux institutions sur le plan du fonctionnement interne, avec toutes ses avancées et ses lacunes ou échecs encore à surmonter, elles marquent aussi leur repositionnement par rapport à l'individu accueilli et par rapport aux missions respectives de ces deux institutions.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Incontestablement, dans tous les cas, l'institution a profondément transformé son fonctionnement interne vers davantage d'humanisation et de prise en considération de ses pensionnaires, s'ouvrant surtout sur l'extérieur, se laissant pénétrer par des regards externes et acceptant de sortir à la rencontre de la cité comme de laisser davantage sortir ses enfermés. Sur ce plan, indéniablement, l'opacité, le repli sur soi et l'autarcie matérielle dans laquelle tentaient de se replier les deux institutions totales considérées sont tombés.

Il est certain que le passage quotidien d'un nombre important de membres extérieurs à l'institution au sein de tout établissement pénitentiaire est un gage de sécurité contre les abus trop flagrants de la part de l'autorité institutionnelle¹⁰²² dont ne dispose vraisemblablement pas

¹⁰²² Boris TARGE évalue à 2800 le nombre de personnes extérieures à l'administration pénitentiaire ayant des autorisations d'entrée permanentes au Centre Pénitentiaire de Nantes et 200 à 300 personnes qui pénètrent tous

avec la même intensité l'hôpital psychiatrique. D'un autre côté, l'institution commence à vivre au rythme de la cité en voyant entrer en son sein les problématiques, les informations, la culture issues de l'extérieur.

De toute évidence, dans les deux institutions, les objectifs ne sont plus les mêmes : il s'agit désormais clairement de viser comme but ultime pour tout enfermé la sortie de l'institution et le retour dans le siècle. Pourtant, cette brèche irréparable dans le modèle institutionnel total et totalitaire ne doit pas masquer les capacités sécuritaires et d'emprise sur les individus dont disposent encore ces institutions et qui se concrétisent principalement dans le champ juridique, quoique, sur ce plan également, le paradigme totalitaire soit lourdement ébranlé.



les jours dans la prison, sans compter que nombre d'entre elles sont en relation avec l'OIP ou d'autres organismes de défense des prisonniers de même ordre. Tout se sait très vite en prison, inévitablement, et nécessairement, par leur biais, très vite également les informations sortent de l'ancre pénitentiaire. Le contrôle est ainsi constant et quasiment immédiat.

CHAPITRE 2

LA PERTE DE L'AUTARCIE JURIDIQUE

La perte de l'autarcie juridique se manifeste en deux points significatifs : au renforcement de l'oeil extérieur et de son indépendance pour contrôler le fonctionnement et les conditions de vie au sein des institutions privatives de liberté (section I) vient s'ajouter une restriction du champ d'action et de la force contraignante et discrétionnaire du pouvoir *quasi* absolu du chef d'établissement ou du médecin et éventuellement du chef de service sur le domaine dont il a la charge (section II). Dans l'un et l'autre cas, néanmoins, le bilan demeure à parfaire.

SECTION I : UN SYSTEME DE CONTROLE OPTIMISE, ENCORE A PARFAIRE

Les institutions pénitentiaire d'une part, psychiatrique de l'autre, sont toutes deux soumises à un nombre extrêmement important de contrôles, soulignant ainsi la méfiance que manifeste la société actuelle à l'encontre de toute institution privative de liberté. Leur grande variété de nature, de missions précises et de champs d'action devrait permettre un balayage sans point aveugle du fonctionnement et de la vie à l'intérieur de ces institutions. Ce serait sans compter avec les défauts originels de certaines de ces multiples instances ou inspections, ou encore faire abstraction du dysfonctionnement d'un certain nombre d'autres (I).

Se rajoute à ces premières failles institutionnelles l'avantage caractéristique des institutions privatives de liberté, qui ont une emprise presque totale sur la vie de leurs enfermés : la possible neutralisation qu'elle peuvent exercer des individus dont elles ont la charge, faussant dès lors la fiabilité des contrôles, d'une manière difficile à vérifier et à contourner (II).

I. DIVERSITE DES CONTROLES, SOUVENT PEU PERFORMANTS

Ineffectivité, manque d'indépendance, absence d'efficacité, quelle que soit l'institution étudiée, la critique des modalités de contrôles y est unanime. Il est significatif de constater la similitude des organes de contrôle mis en place dans chacune et l'identité des griefs portés, la loi du nombre n'apaisant en rien les dénonciations : si l'institution pénitentiaire a eu tendance à être dotée de quelques modalités de contrôles supplémentaires par rapport à l'institution psychiatrique – ce qui porte, en 2006¹⁰²³, à rien moins que quatorze le nombre d'autorités ayant à contrôler les prisons –, la dénonciation de l'inefficacité de cet oeil extérieur n'a rien perdu de sa vigueur (A).

Le droit international ne pallie que faiblement cette carence, *via* des organismes aux

¹⁰²³ Année précédant la création de la dernière instance de contrôle en date, le contrôleur des lieux de privation de liberté

décisions sans force contraignante (B). Reste alors la création d'une autorité se voulant sur mesure pour ce type de contrôle, le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté, qui pourrait n'accumuler que des louanges si le résultat de ses missions, de simples recommandations et un rapport annuel remis au Président de la République, ne se trouvait pas entaché du même défaut que celui des organismes et autorités internationales (C).

A · LES CONTROLES ISSUS DU DROIT FRANÇAIS, DES CONTROLES INEFFICACES

Deux types de contrôles oeuvrent dans les deux institutions étudiées : des contrôles internes d'une part, sous forme d'inspections (1), et des contrôles externes, sous forme de contrôles opérés par des administrations ou des organismes *a priori* indépendants de l'administration en cause (2).

§ 1. Les contrôles ou « inspections » internes : une objectivité sujette à soupçon

Les inspections propres à chacune des administrations de tutelle des deux institutions ici étudiées (a) connaissent les mêmes encadrements principaux, avec les mêmes formes d'accommodements pratiques de ces principes juridiques, ce qui les amènent à essuyer les mêmes critiques (b).

◇ a) *Les contrôles internes*

Alors que les établissements pénitentiaires font l'objet de contrôles principalement menés par l'ISP et par l'IGSJ (1), les établissements de santé accueillant des personnes hospitalisées sous contrainte en psychiatrie sont, pour leur part, inspectés par l'IGAS (2).

■ 1. En prison

L'inspection réellement interne à l'administration pénitentiaire est effectuée par les services de l'Inspection des Services Pénitentiaires (ISP), renforcée par des contrôles des directeurs régionaux dans les établissements de leur circonscription et des visites de l'Inspection Générale des Services Judiciaires¹⁰²⁴. Cette Inspection des Services Pénitentiaires apparaît comme une branche de l'Inspection Générale des Services Judiciaires (IGSJ), que l'arrêté du 9 octobre 1964 plaçait sous l'autorité du directeur de l'administration pénitentiaire. Composée d'une douzaine de personnes dont cinq inspecteurs seulement¹⁰²⁵, elle est dirigée par un magistrat, lui-même membre de l'Inspection Générale des Services Judiciaires. Aux termes de l'arrêté du 7 janvier 2003, elle doit contrôler à la fois les services déconcentrés et l'Ecole Nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP), de même qu'elle doit « [...] *assurer une mission de conseil technique auprès du directeur de l'administration pénitentiaire et effectuer les missions et études qu'il lui confie.* ».

Il s'agit, en réalité pour elle, d'assurer quatre types de missions : des contrôles classiques, basés sur la visite d'un établissement pénitentiaire par deux inspecteurs sur une ou deux journées ; des contrôles dits « *généraux* »¹⁰²⁶ ou approfondis, qui mobilisent l'ensemble des inspecteurs sur une durée plus importante – entre quatre et huit jours continus ou plusieurs visites espacées dans le temps – et qui consistent à vérifier minutieusement l'ensemble de l'établissement ; des « *missions sur événements* »¹⁰²⁷, provoquées notamment par une évasion, une mutinerie ou une prise d'otage(s) et qui amènent l'inspection à intervenir en urgence, dans l'objectif de renseigner

¹⁰²⁴ Article D. 229 CPP

¹⁰²⁵ Les autres membres sont des personnels de surveillance formant la « *brigade de sécurité pénitentiaire* » et du personnel administratif (source : L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, p. 150)

¹⁰²⁶ Expression empruntée à Philippe MAITRE, chef de l'inspection des services pénitentiaires de l'époque devant la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, dans L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 150-151.

¹⁰²⁷ Idem

directeur de l'administration pénitentiaire et cabinet du ministre, de mener une enquête de recherche des responsabilités s'il y a eu faute, ou encore d'enquêter pour établir un bilan de l'action de l'administration, un « [...] *retour d'expérience afin d'analyser les points positifs et ceux où [elle aura] été mis[e] en échec* »¹⁰²⁸ ; des « *missions disciplinaires* »¹⁰²⁹, qui font suite à des dénonciations concernant des dysfonctionnements adressées à la direction de l'administration pénitentiaire par des détenus, des autorités administratives ou judiciaires ou encore des syndicats, et qui peuvent éventuellement aboutir à des procédures disciplinaires.

L'IGSJ peut également être amenée à effectuer des interventions dans les établissements pénitentiaires, interventions qui restent malgré tout rares¹⁰³⁰ et qui gardent le statut d'inspections internes dans la mesure où c'est le Ministre de la Justice qui, seul, peut la saisir.

Concernant le contrôle hiérarchique opéré par les directions régionales sur les établissements pénitentiaires de leur ressort, il est effectué directement par les directeurs régionaux ou leurs adjoints *via* des « *visites occasionnelles* » des lieux. Il ne s'agit donc que d'une part mineure du contrôle interne, effectué principalement par l'ISP.

■ 2. Dans les services de psychiatrie

Les services de psychiatrie sont, pour leur part, principalement contrôlés par l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS), éventuellement dans le cadre de missions conjointes avec un autre corps d'inspection. Créée en 1967 par la fusion de l'Inspection Générale de la Santé et de la Population et de celle Générale de la Sécurité Sociale, ainsi que du dernier grade du corps des inspecteurs du travail, cette Inspection Générale est, en conséquence, une des trois grandes inspections interministérielles, placée directement sous l'autorité conjointe des ministres en charge de la Santé et domaines afférents, ainsi que des Affaires familiales et du Travail et afférents, formation professionnelle comprise. Sa compétence englobe, depuis une loi du 28 mai 1996, toutes les institutions opérant dans le champ social, aussi bien privées que publiques. Son efficacité s'assied d'abord sur la diversité des profils professionnels de ses inspecteurs, autant des professionnels de santé que des administrateurs civils et des énarques. En outre, elle jouit d'une pleine indépendance de jugement.

Dans le cadre de son activité de contrôle des institutions dont elle a la charge, elle se doit de vérifier le respect de la réglementation en vigueur mais également la qualité du service rendu au public. Pour mener à bien cette mission, elle peut opérer par audit ou par enquête, des visites des lieux concernés étant prises dans sa manière de travailler et même « [...] *un principe fondamental de l'inspection qui objective ainsi ses constats*.[...] »¹⁰³¹.

Ces contrôles peuvent selon les cas être thématiques ou au contraire, ciblés, mais exhaustifs, sur un établissement. Pour ce faire, l'IGAS dispose d'importants pouvoirs d'inspections : large droit d'accès à l'information, quelle que soit sa nature et sa forme – fichiers informatisés, logiciels et tout document papier. Un rapport fait inmanquablement suite à tout contrôle, ouvrant sur une procédure contradictoire au cours de laquelle les autorités ou organismes contrôlés sont mis à même d'émettre leurs observations sur le rapport. Des recommandations visant à améliorer le service rendu et l'institution en général concluent généralement ces contrôles.

¹⁰²⁸ Propos de Philippe MAITRE, chef de l'inspection des services pénitentiaires de l'époque devant la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, dans L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 150-151

¹⁰²⁹ Idem

¹⁰³⁰ Cf. à ce sujet G. CANIVET (commission présidée par), MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires. Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, La Documentation française, « Collection des rapports officiels », 2000, p. 115 et J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République. Rapport de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, Sénat, coll. « Les rapports du Sénat » n° 449, 2000, p. 160

¹⁰³¹ Citation tirée de la plaquette de présentation de l'IGAS : MINISTÈRE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITÉ ET DE LA VILLE et MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SPORTS, *Inspection générale des affaires sociales (IGAS)*, [en ligne], site de l'IGAS, juin 2009, p. 8 (consultée le 8/10/2009)

◇ b) *Les principes présidant à la valeur de ces contrôles internes*

Par essence, les contrôles internes sont « [...] *soumis au principe hiérarchique* [...] » comme le remarque le Sénateur Jean-Jacques HYEST, seules les directions des administrations concernées par une activité pouvant saisir pour contrôle l'inspection en rapport avec cette activité et les autorités hiérarchiques étant les seuls destinataires de ces rapports. En conséquence, l'inspection n'a aucune maîtrise de l'utilisation faite de son écrit¹⁰³². Cette absence d'indépendance apparente, non confirmée dans la pratique si l'on en croit Monsieur HYEST, qui parle d'« [...] *une réelle liberté d'investigation* »¹⁰³³, soumet très rapidement ces contrôles, en cas de désaccord ou de problème, aux soupçons quant à leur objectivité. Leur crédibilité et, par suite, leur efficacité, gagnerait donc à ce que leur exécution puis les conclusions auxquelles ils aboutissent soient soumises à davantage de transparence.

Concernant l'institution pénitentiaire, la faible dotation en inspecteurs de l'ISP, ajoute au manque d'efficacité de ces contrôles, nécessairement limités en nombre¹⁰³⁴. L'IGAS reconnaît pour sa part que, quoique nantie d'une centaine d'inspecteurs, elle ne parvient à mener qu'une cinquantaine de contrôles chaque année, ce qui au regard de nombre d'organismes, institutions ou établissements dont elle a la charge, est presque insignifiant. Il est vrai qu'elle est handicapée par ce qu'elle présente comme une richesse : 43 % de ses effectifs ne travaillent pas directement pour elle, mais sont détachés dans d'autres administrations, mis à disposition ou en disponibilité et hors cadre. Elle doit en outre remplir un certain nombre d'autres missions telles que du conseil et de l'évaluation de la mise en oeuvre de nouvelles politiques publiques¹⁰³⁵.

De toute évidence, et quelle que soit l'intégrité, et donc l'impartialité, des inspecteurs oeuvrant pour le compte de leur ministère, les inspections internes ne peuvent suffire, à assurer de manière probante, aux yeux de l'opinion publique comme à ceux des enfermés voire du personnel, le contrôle des établissements et services ; et l'insémination de plus de transparence dans le processus ne pourra effacer le vice rédhibitoire de l'aspect endogène de ce contrôle¹⁰³⁶. En outre, à tout le moins en ce qui concerne l'institution pénitentiaire, Monsieur MAITRE a mis en garde la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale devant une instauration de la transparence sans réflexion préalable des conséquences. Les rapports d'inspection peuvent pointer des dysfonctionnements très locaux, propres à un établissement, parfois involontaires de la part du _personnel qui, en général, cherche à exercer correctement son métier. Or une mauvaise communication – et sont notamment désignés les *media*, dont certains instrumentalisent, avec une grande facilité, les informations – peut porter des conséquences délétères dans ces administrations. Le sentiment d'injustice ressenti par des agents qui peuvent avoir l'impression de travailler de leur mieux, dans des conditions difficiles, affleure rapidement en cas de formalisation de dysfonctionnements dans leur travail. Sans doute est-il inutile d'exacerber le phénomène par une divulgation à mauvais escient. Apparaît donc là la mission nécessaire, bien spécifique, et non fongible dans celle de contrôle externe des établissements et services de l'administration : l'inspection interne doit servir à redresser les défauts de fonctionnements, les petites distorsions à la règle. Elle a d'ailleurs également une mission de conseil à côté de celle de censeur. Et sans doute, pour conserver de bonnes relations au sein des administrations et entre les établissements ou services et leur direction de tutelle est-il

¹⁰³² J.-J. HYEST, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Rapport du Sénat n° 414, (session extraordinaire 2006-2007), 25 juillet 2007, p. 15

¹⁰³³ *Idem*, p. 15

¹⁰³⁴ J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, p. 158

¹⁰³⁵ MINISTERE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITE ET DE LA VILLE et MINISTERE DE LA SANTE ET DES SPORTS, *Inspection générale des affaires sociales (IGAS)*, [en ligne], *op. cit.*, 2009, pp. 10-11 et, du même auteur, *Zoom sur l'IGAS en chiffres*, [en ligne], site de l'IGAS, juin 2009, p. 1

¹⁰³⁶ Cf à ce sujet les propos de Philippe MAITRE dans J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, p. 159.

nécessaire que ces ajustements restent sans publicité¹⁰³⁷. Par contre, l'application d'un principe de transparence peut apparaître justifié dès lors qu'une procédure disciplinaire, sous-entendant des faits déjà graves, est lancée. Et surtout cette transparence se justifie pour les constatations de faits ou dysfonctionnements graves. Mais sans doute, pour ces cas précis, serait-il plus probant qu'une relation étroite soit instaurée entre inspections et un contrôleur externe, permettant à la première, sinon de transférer le dossier, du moins de saisir pour enquête, le second.

§ 2. Les contrôles externes, des contrôles nombreux mais inefficaces

Ces contrôles externes, bien que d'une grande diversité dans leur nature, leur centres d'intérêts précis et leur manière de procéder (a), essuient des critiques acerbes, qui s'appuient sur leur inefficacité constatée dans la pratique (b).

◇ a) *La grande diversité de contrôles externes*

En prison, la réalité des inspections fait apparaître une frontière plus poreuse au monde externe que ne le voudrait un exposé théorique simple. En effet, les inspections ne se résument pas au travail des seules Inspection des Services Pénitentiaires et Inspection Générale des Services Judiciaires. Comme l'indique l'article D. 231 du Code de procédure pénale, les inspecteurs de toute « [...] *administration[...] ou corps intéressé[...] par certaines parties du service des établissements pénitentiaires sont habilités à en vérifier l'organisation et le fonctionnement, dans la limite des attributions que leur confèrent les lois et règlements.* ».

A ces premiers contrôles menés dans les prisons par les inspections émanant d'autres ministères dont les activités sont représentées dans l'établissement, généralement classés dans les « *contrôles administratifs* » (1), s'ajoutent la série des contrôles externes connus de manière similaire par l'institution psychiatrique et celle pénitentiaire. Défilent en prison comme dans les établissements recevant des personnes hospitalisées sous contrainte des autorités judiciaires (2), des autorités administratives (3), et des contrôleurs qualifiés de « *spécialisés* » car plus finement attentifs aux particularités de l'enfermement propre à chacune des institutions ici étudiées (4). Les Parlementaires viennent terminer la liste, mais ne concernent pour leur part que l'institution carcérale (5).

■ 1. Une forme intermédiaire de contrôle : les contrôles administratifs

Menés sous la tutelle d'autres ministères, ces contrôles ne peuvent pas vraiment porter la dénomination d'« *internes* » au sens où aucun lien hiérarchique ne les rattache à l'établissement, ni ne les amènent à agir. Peuvent ainsi se présenter en prison des inspecteurs de l'Inspection Générale des affaires Sociales (IGAS)¹⁰³⁸, ceux de l'Inspection du Travail, et ceux de l'Inspection de l'Education Nationale. S'y rajoutent des contrôles vétérinaires visant à s'assurer du respect des normes sanitaires concernant l'alimentation des détenus. Or, que ce soit en matière de santé ou de sécurité et d'hygiène du travail, la loi impose que les établissements pénitentiaires respectent le droit commun¹⁰³⁹. Concernant l'hygiène et la sécurité au travail, l'article D. 109-1 du Code de procédure pénale va même plus loin dans la mesure où il indique expressément la suite à donner au contrôle, pouvant se révéler, sur le papier du moins, très contraignante pour le directeur d'un établissement ne répondant pas aux normes en vigueur.

Il a pu être établi par les diverses commissions ayant prospecté en prison que ces contrôles sont effectivement exercés, et de manière relativement fréquentes¹⁰⁴⁰. Mais il est unanimement constaté que les conditions très particulières de fonctionnement des services

¹⁰³⁷ Cf. notamment, à ce sujet, les propos de Philippe MAITRE, chef de l'inspection des services pénitentiaires de l'époque devant la commission d'enquête de l'Assemblée Nationale, dans L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, p. 156.

¹⁰³⁸ Article D. 348-1 CPP

¹⁰³⁹ Ainsi, concernant la santé, une qualité de soins semblable à celle des soins délivrés à l'extérieur est imposée en prison et le contrôle a, en conséquence, été aligné par la loi du 18 janvier 1994 sur celui effectué dehors. Concernant l'hygiène et la sécurité au travail, l'article D. 109 CPP déclare applicable en prison le droit commun, fixé par le livre II du titre III du code du travail.

¹⁰⁴⁰ J-J. HYEST, G-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000., p. 160 ou G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, 2000, p. 121

visités, « [...] *la dimension carcérale* [...] » des lieux, freine la rigueur et l'objectivité du contrôle¹⁰⁴¹. Les inspecteurs partent du présupposé que des réglementations allégées doivent s'appliquer en prison. Réminiscence du caractère d'institution totale, c'est bien la dénonciation d'un contrôle sur mesure pour l'administration pénitentiaire qui pointe ici. Contrôle factice, dès lors, ou plutôt contrôle grossier – « *a minima* » ou « [...] *en retrait de celui qui est opéré dans le « monde libre* » »¹⁰⁴², comme l'analyse le rapport CANIVET –, qui ne se formalisera que des irrespects ou non-application des textes les plus flagrants, et sans que ses remontrances aient forcément un impact ni qu'exécution des améliorations préconisées s'ensuivent¹⁰⁴³. Mais une telle attitude participe au maintien d'un droit d'exception donc d'une ségrégation des prisonniers par rapport à la société extérieure, « [c]omme si les prisons étaient un autre monde largement soustrait à la norme, leur état inéluctable et les détenus des personnes dont les droits ne sont pas pleinement reconnus »¹⁰⁴⁴. Une attitude qui peut paraître méprisante, un état de fait qui peut exacerber les rancœurs de cette population à l'égard de cette même société qui la traite si mal, tout en lui désapprenant le respect de soi et des autres.

■ 2. Les contrôles par l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle

Le procureur de la République est mobilisé pour les deux institutions dans les mêmes termes puisqu'il doit les visiter au moins trimestriellement, notamment pour recueillir les réclamations présentées par les enfermés¹⁰⁴⁵. Quelques précisions sont données dans le cadre psychiatrique, où le contrôle doit également porter, entre autres, « [...] *sur la bonne application des dispositions des articles L. 3211-, L. 3211-2 et L. 3211-3* » du code de la Santé Publique¹⁰⁴⁶, c'est-à-dire notamment sur le respect des droits et les « [...] *conditions matérielles d'hospitalisation* [...] »¹⁰⁴⁷. Se rajoute, dans le cadre pénitentiaire le procureur général, tenu de se présenter dans chaque établissement du ressort de sa cour d'appel une fois par an¹⁰⁴⁸. Dans tous les cas, Martine HERZOG-EVANS s'interroge sur l'objet, non précisé, des réclamations qui peuvent être soumises au procureur – notamment au procureur de la République – par les détenus puis sur leur intérêt : comme elle le rappelle, le procureur n'est pas une instance de recours. Dès lors, quel intérêt effectif ont ces visites ? Madame HERZOG-EVANS suggère les cas exceptionnels de fautes graves commises par le personnel, et que le représentant du Ministère public pourrait, dès lors, poursuivre¹⁰⁴⁹. Une analyse menée pour le monde carcéral et qui semble pouvoir s'appliquer également à l'univers psychiatrique. En-dehors de cela, ces visites pourront alimenter le rapport annuel, d'écriture conjointe avec le premier président, que ce procureur général a à présenter au ministre de la justice¹⁰⁵⁰. Leur utilité reste donc maigre.

Les autres magistrats tenus de visiter les lieux afférents à chacune des deux institutions divergent : le juge d'instruction « *peu[t]* » visiter si bon lui semble les lieux où sont détenues des personnes en détention provisoire¹⁰⁵¹. Mais deux réserves ici : d'une part, il ne s'agit pas d'une obligation mais bien d'une faculté laissée au juge d'instruction, un juge généralement assailli par le travail et qui ne note, en conséquence, que l'aspect facultatif de la visite pour mieux

¹⁰⁴¹ Cf. notamment L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 154-155, J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, pp. 161-162 ou encore G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires.*, *op. cit.*, 2000, p. 114 et p. 121

¹⁰⁴² G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, 2000, p. 121

¹⁰⁴³ J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, pp. 160-161

¹⁰⁴⁴ G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, 2000, p. 121

¹⁰⁴⁵ Article s 727 et D. 178 CPP pour l'institution pénitentiaire, et L. 3222-4 CSP pour l'institution psychiatrique

¹⁰⁴⁶ Article L. 3222-4 CSP

¹⁰⁴⁷ A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *AJDA*, 2004, p. 71

¹⁰⁴⁸ Article D. 178 CPP

¹⁰⁴⁹ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 533

¹⁰⁵⁰ Article D. 179 CPP

¹⁰⁵¹ Alinéa 3 de l'article D. 177 CPP

l'évincer¹⁰⁵²; d'autre part, elle ne concerne que les lieux accueillant des personnes en détention provisoire et non l'ensemble des prisons françaises. Martine HERZOG-EVANS relève qu'il s'agit seulement de rencontre des prévenus et de passage dans l'établissement, ce qui signifie la simple possibilité d'un constat éventuel des conditions de détention, sans autre pouvoir de remontrance, ou d'injonction. Elle refuse donc à ces visites le statut de contrôle¹⁰⁵³. Quant au JAP, l'article D. 176 CPP lui imposait une visite mensuelle des établissements pénitentiaires¹⁰⁵⁴ « [...] pour vérifier les conditions dans lesquelles les condamnés y exécutent leur peine ». Il s'agit donc du seul magistrat expressément désigné pour s'assurer des conditions de détention. Etre « le seul magistrat » signifie que le Code en a déjà désigné un, ce qui n'était pas forcément évident ; il détient en outre un réel pouvoir de contrôle puisque ses constats peuvent faire l'objet « [...] d'observations [...] aux autorités compétentes pour y donner suite. » Mais le pouvoir reste fort limité : aucune possibilité de coercition ne lui est octroyée, aucun droit à un suivi de l'affaire n'est spécifié à son bénéfice et il n'a aucun pouvoir hiérarchique sur les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire. Or par contre, il est de son intérêt, comme le relève justement Martine HERZOG-EVANS, de conserver de bonnes relations avec le personnel des établissements pénitentiaires dont il a la charge. Encore une fois, Madame HERZOG-EVANS classe donc son pouvoir parmi les contrôles illusoires¹⁰⁵⁵.¹⁰⁵⁶

Du côté psychiatrique, juge d'instance et président du tribunal de grande instance devraient visiter semestriellement les hôpitaux psychiatriques situés dans leur ressort, avec les mêmes motivations légales que le procureur de la République. Ces deux autorités semblent pourtant rarement, dans la pratique, s'acquitter de cette tâche si l'on en croit les résultats de l'enquête menée par la mission conjointe des inspections générales des affaires sociales et des services judiciaires en 2005¹⁰⁵⁷.

Au final l'inefficacité des contrôles judiciaires trouve une source certaine dans l'errance des autorités face à leur mission en la matière. Ainsi, l'expression de « [...]visites releva[nt] du symbolique [...]» a pu être employée par un magistrat pour qualifier ces contrôles que son corps professionnel doit mener en hôpital psychiatrique¹⁰⁵⁸, de même que la commission d'enquête de l'Assemblée nationale constate une « indifférence des magistrats pour la prison », due, selon elle, à l'imprécision des textes quant à la mission réellement dévolue à ces autorités de contrôle¹⁰⁵⁹. Un constat déjà établi par la commission CANIVET dans son rapport de 1999¹⁰⁶⁰. La commission d'enquête du Sénat, quant à elle, s'est même vue déclarer par un juge d'instruction, vice-président au demeurant, « [...] qu'il ne voyait guère ce qu'il pourrait [...] faire [en prison] »¹⁰⁶¹. Une affirmation qui ne peut être généralisée à tous les magistrats instructeurs mais qui sème le doute sur la réelle prise de conscience que ces autorités ont de l'ensemble de leurs missions.

¹⁰⁵² L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 160-161

¹⁰⁵³ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 532

¹⁰⁵⁴ Ce caractère mensuel obligatoire de cette visite de contrôle a été abrogé par le décret d'application n°2010-1635 du 23 décembre 2010

¹⁰⁵⁵ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, pp. 533-534

¹⁰⁵⁶ Le président de la chambre de l'instruction a été sciemment évincé de cette présentation dans la mesure où l'objet de ses visites concerne davantage la régularité de l'incarcération des personnes mises en examen ou placées en détention provisoire que l'établissement en tant que tel. Un contrôle portant donc sur la décision de privation de liberté, étudiée *infra* pp. 449 et s.

¹⁰⁵⁷ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de leurs troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, mai 2005, p. 38

¹⁰⁵⁸ *Idem*, p. 39

¹⁰⁵⁹ L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, pp. 159-161.

¹⁰⁶⁰ G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, 2000, pp. 116-117

¹⁰⁶¹ J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, p. 170

■ 3. Les contrôles par les autorités administratives

Au préfet, représentant de l'Etat (a) est adjoint, de manière identique pour les deux institutions, le maire, représentant de la commune en tant que localité directement impliquée dans la vie d'un établissement situé sur son territoire, garant de cette articulation entre cette entité singulière et les citoyens qui y cohabitent (b).

a - Le préfet, représentant de l'Etat

Le préfet s'est fondu, pour le cadre pénitentiaire, dans la commission de surveillance, - devenue depuis peu le conseil d'évaluation¹⁰⁶²-, alors qu'il est une autorité individuelle soumise au même régime de visite de contrôle semestriel, et pour les mêmes motifs que ses homologues judiciaires dans le cadre psychiatrique¹⁰⁶³. Il n'en reste pas moins présent en tant qu'autorité de contrôle dans l'une comme dans l'autre. Apparemment peu contesté quant à la réalité de ses visites dans les hôpitaux psychiatriques et, toutes proportions gardées, quant à l'utilité et les modalités usitées en pratique de ce contrôle, il essuyait des critiques unanimes en tant que membre – et même président – de la commission de surveillance.

b - Le maire, représentant de la commune

Le maire doit souffrir la même diatribe quant à son rôle de contrôle dans le cadre pénitentiaire, puisqu'il n'y a d'existence qu'en tant que membre de cette commission de surveillance, aujourd'hui conseil d'évaluation. Mais, de plus, à la différence du préfet, il se montre peu dans les services psychiatriques. Il est vrai que sur ce point, le contrôle pouvait paraître faussé puisqu'il se retrouvait, pour tous les services rattachés à des hôpitaux généraux, le président de l'établissement¹⁰⁶⁴ dont il devait contrôler le service de psychiatrie. La loi « HPST » est venue clarifier cette situation dans la mesure où elle supprime l'obligation que le maire exerce cette fonction de président du conseil d'administration, mais il siège encore de plein droit dans le conseil de surveillance – remplaçant du conseil d'administration – de ces établissements. Le conflit d'intérêts n'est donc pas levé. Ceci dit, les CHS publics indépendants étaient pour leur part présidés par un représentant du Conseil Général jusqu'à la même loi du 21 juillet 2009 qui supprime cette obligation¹⁰⁶⁵ ; or les maires ne semblent pas y avoir effectué un contrôle plus assidu. Plus certainement, la raison de cette absence semble résider entre le manque d'intérêt pour cette mission et l'ignorance : la mission IGAS/IGSJ relève le cas d'un élu lui ayant avoué qu'il ignorait l'existence de cette obligation de contrôle¹⁰⁶⁶. Et le fait est que, dans tous les cas, il s'agit d'un contrôle prévu par les textes et non honoré dans la pratique¹⁰⁶⁷.

■ 4. Les contrôles des autorités spécialistes

Chacune des deux institutions est dotée également de contrôleurs spécifiques à son domaine d'activité plutôt qu'au concept de privation de liberté en tant que concept général, et dès lors différenciés de l'une à l'autre. C'est ainsi que les établissements psychiatriques sont dotés de la CDHP qui veille sur ce mode particulier d'enfermement dans une optique médicale qu'est l'hospitalisation sous contrainte (a), tandis que les établissements pénitentiaires connaissent la veille de la commission de surveillance, - devenue conseil d'évaluation avec la mise en application de la loi pénitentiaire de 2009 -, et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS), très récemment fondue dans le nouveau Défenseur des droits (b).

a - En psychiatrie, la CDHP

Du côté de l'institution psychiatrique et propre à elle, a été créée par la loi du 27 juin

¹⁰⁶² Réforme due à la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 ; article 16 du décret d'application n°2010-1635 du 23 décembre 2010

¹⁰⁶³ Article L. 3222-4 CSP

¹⁰⁶⁴ Jusqu'à la réforme entraînée par la loi « HPST », le maire était en effet, de droit le président du conseil d'administration de tout établissement hospitalier installé sur sa commune.

¹⁰⁶⁵ Dans les mêmes modalités que pour le maire, à savoir que lui ou son représentant siège de droit dans le conseil de surveillance.

¹⁰⁶⁶ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, op. cit., 2005, p. 39

¹⁰⁶⁷ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 119 et A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, op. cit., 2005, p. 39

1990, dans chaque département, une commission spécialisée chargée de veiller sur les personnes hospitalisées pour troubles mentaux. Composée à l'origine de deux psychiatres nommés l'un par le procureur général près la cour d'appel et l'autre par le préfet et dont seulement un des deux peut exercer dans un établissement habilité à recevoir des patients hospitalisés sous contrainte, d'un magistrat et d'un représentant d'association de familles des personnes atteintes de troubles mentaux, cette Commission Départementale des Hospitalisations Psychiatriques (CDHP ou CODHOPSY) s'est vue complétée par la loi du 4 mars 2002 d'un second représentant d'association, mais cette fois issu d'une association regroupant des personnes atteintes de troubles mentaux, ainsi que d'un médecin généraliste¹⁰⁶⁸. Sa composition doit ainsi permettre d'affiner ses jugements grâce aux regards croisés de professionnels du droit, de la médecine et de la psychiatrie qui apportent leurs compétences dans une matière demandant de solides connaissances spécialisées dans ces trois domaines, associés à l'expérience vécue des malades et de leurs familles, oeil davantage social mais indispensable pour prendre des décisions sensées dès lors qu'on touche aux droits de ces personnes.

Qualifiée de « *commission originale aux compétences étendues* »¹⁰⁶⁹ par le rapport IGAS/IGSJ, elle doit visiter semestriellement les établissements accueillant des personnes hospitalisées sous contrainte, éventuellement dans une formation réduite¹⁰⁷⁰, et se doit d'« [...] examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes »^{1071 1072}. Tenue de se réunir au moins une fois par trimestre pour accomplir son travail de veille¹⁰⁷³, elle doit également pouvoir disposer de toutes les données, notamment médicales, nécessaires à sa mission, qu'elle peut exiger en conséquence de tout établissement de santé¹⁰⁷⁴. Par contre, encore une fois, ses pouvoirs paraissent limités puisqu'elle ne peut agir qu'indirectement, en saisissant notamment le préfet ou le procureur de la République des « [...] situation[s] [de] personnes hospitalisées »¹⁰⁷⁵ pour lesquelles elle estime leur intervention nécessaire et en adressant tous les ans son rapport annuel d'activité à ces deux mêmes autorités ainsi qu'au conseil départemental de santé mentale. Un rapport que la mission IGAS/IGSJ a découvert être « [...] rarement adressé [...] au procureur de la République »¹⁰⁷⁶.

Est donc organisée une forme de paralysie quant à la réaction de ces CDHP voulue par le législateur, et simplement renforcée par la pratique, que vient amplifier, en outre, une paralysie matérielle : un certain nombre de départements n'ont pas de CDHP faute de participants. Psychiatres et magistrats sont en effet généralement déjà assez lourdement chargés de travail par leurs professions respectives pour ne pas s'ajouter cette nouvelle contrainte à leurs emplois du temps. En conséquence, il peut être difficile de trouver des psychiatres acceptant d'y participer et les magistrats changent souvent. Une fois la commission établie, le nombre des réunions peut également pâtir de ces mêmes difficultés¹⁰⁷⁷. Autre motif de dysfonctionnements purement matériels : les moyens octroyés à ces commissions, et notamment en matière de secrétariat, sont dénoncés comme très insuffisants ; de même, l'aire géographique qu'elles doivent couvrir, parfois étendue, peut poser problème pour effectuer les visites d'un nombre suffisant d'établissements eu égard à leur mission, en des temps limités par les contraintes précédemment

¹⁰⁶⁸ Article L. 3223-2 CSP

¹⁰⁶⁹ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, op. cit., 2005, p. 15

¹⁰⁷⁰ Article R. 3223-6 CSP, qui permet en effet que ces visites ne soient effectuées que par un détachement de deux membres de la commission.

¹⁰⁷¹ Article L. 3222-5 CSP

¹⁰⁷² Est sciemment évincée toute l'activité de la commission en matière de contrôle de la décision d'hospitalisation sous contrainte, qui sera présentée ultérieurement (cf. *infra*, seconde partie, titre II).

¹⁰⁷³ Alinéa 1er de l'article R. 3223-5 CSP

¹⁰⁷⁴ Alinéa 3de l'article R. 3223-6 CSP

¹⁰⁷⁵ Article L. 3223-1 CSP

¹⁰⁷⁶ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, op. cit., 2005, p. 41

¹⁰⁷⁷ *Idem* p. 40

évoquées¹⁰⁷⁸. Il semblerait enfin que l'indépendance à l'égard des DDASS ne soit pas totale¹⁰⁷⁹ : Assia BOUMAZA définit ces commissions comme dépendantes de ces directions départementales dans la mesure où elles n'ont pas de budget individualisé, où leur secrétariat est assuré par ces DDASS et où même, on peut déceler à la lecture de leurs bilans d'activité « [...] *une absence de pouvoir décisionnel propre.* »¹⁰⁸⁰. Malgré toutes ces critiques, ni Assia BOUMAZA en son temps, ni la mission IGAS/IGSJ trois ans plus tard ne proposent la dissolution de ces commissions, considérées au contraire comme de bons instruments de contrôle, sous réserve de quelques ajustements et d'un renforcement de leur pouvoir décisionnel, qui fait consensus¹⁰⁸¹. Des potentiels en puissance donc, aujourd'hui « [...] *trop effacé[s]* »¹⁰⁸².

Les missions données à la Commission Départementale des Soins Psychiatriques (CDSP), adaptation de la CDHP au nouveau cadre de soins sans consentement proposé par le récent projet de loi de réforme des soins en psychiatrie¹⁰⁸³, resteront sensiblement les mêmes, une plus grande attention devant être portée par elle au contrôle de la situation des personnes soignées sans leur consentement dans le cadre de la procédure en l'absence de tiers demandeur (procédure « en cas de péril imminent ») – instituée par ce projet de réforme – et au contrôle de la situation des personnes dont les soins sans consentement sur demande d'un tiers se prolongent plus d'un an.

Le projet de loi prévoit également, en réponse directe aux dysfonctionnements sus-évoqués, la création d'un secrétariat permanent mais toujours assuré par les agences nationales de santé¹⁰⁸⁴.

b - En prison, la commission de surveillance/conseil d'évaluation¹⁰⁸⁵ et la CNDS

Les commissions de surveillance, les mêmes à quelques ajustements près que celles créées en 1819, présidées par le préfet ou le sous-préfet du département, étaient composées de vingt-quatre membres, personnes représentant à la fois l'autorité judiciaire déclinée dans toutes ses fonctions (président du TGI et le procureur de la République, juge d'application des peines, un juge d'instruction, etc), des représentants de la société civile (président de la CCI, inspecteur d'académie, directeur départemental de la jeunesse et des sports, etc.), le bâtonnier de l'ordre des avocats, des représentants des collectivités locales (notamment le maire de la commune où est situé l'établissement), des représentants de la force publique, là aussi déclinée dans ses différentes composantes (police, gendarmerie), des membres d'oeuvres d'assistance aux détenus ou aux libérés et d'oeuvres sociales particulièrement tournées sur les problèmes pénitentiaires et

¹⁰⁷⁸ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, op. cit., 2005, p. 40

¹⁰⁷⁹ *Idem* p. 41. Cf. circulaire DGS du 31 mai 2002, p. 17

¹⁰⁸⁰ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II p. 158

¹⁰⁸¹ Cf. A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 159 et A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990* op. cit., 2005, pp. 59-60

¹⁰⁸² A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990* op. cit., 2005, p. 39

¹⁰⁸³ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc.

¹⁰⁸⁴ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 48

¹⁰⁸⁵ Rappelons en effet que la commission de surveillance a été transformée en un conseil d'évaluation par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009, l'entrée en vigueur de cette modification institutionnelle n'ayant pu s'opérer qu'avec l'entrée en vigueur du décret d'application n°2010-1635 du 23 décembre 2010, soit au 29 décembre 2010. Aujourd'hui organisée par les articles D.234 à D. 238 CPP, sa composition s'est légèrement réduite en nombre de membres. Son rôle ne semble pas modifié de manière notable par la réforme. Monsieur LATHOUD liste parmi ses nouvelles missions « [...] *le respect des droits des personnes détenues, les actions de prévention de la récidive et de préparation à la sortie, la politique conduite en terme d'aménagement de peine, les problèmes liés aux taux d'occupation et à la détention provisoire ainsi que les politiques partenariales.* » (J.-A. LATHOUD, « Loi pénitentiaire : les décrets d'application sont enfin publiés » [en ligne], *Les Annonces de la Seine. Journal officiel d'annonces judiciaires et légales*, décembre 2010, n°67, disponible sur <http://www.annoncesdelaseine.fr/index.php/2010/12/31/loi-penitentiaire-les-decrets-d%E2%80%99application-sont-enfin-publies/>, (consulté le 6/2/2011)). L'absence de recul quant au fonctionnement de ces nouveaux conseils, et leur peu de changement apparent par rapport aux anciennes commissions amènent néanmoins à conserver au cœur de nos développements sur les organes de contrôle actuels notre étude concernant la commission de surveillance.

post-pénaux¹⁰⁸⁶ ; autant de personnalités locales choisies en raison de leur implication dans l'action pénitentiaire et alliant citoyens profanes à des professionnels de la justice. Aucun représentant de l'administration pénitentiaire par contre, ni même de personnes « [...] *exerçant habituellement une activité* [au sein de l'établissement] »^{1087 1088}, de manière à conserver un contrôle externe et non faussé de l'établissement. Le directeur régional des services pénitentiaires était cependant invité à assister aux travaux de la commission¹⁰⁸⁹.

Au nombre d'une par établissement¹⁰⁹⁰, elles étaient ainsi chargées de contrôler le fonctionnement interne de chacun, en s'appuyant sur la vie quotidienne, des faits concrets. « [L']*intégralité des activités internes de la prison* », en somme, « *de la discipline à la resocialisation* », comme le remarque Eric PECHILLON¹⁰⁹¹. L'article D. 184 du Code de procédure pénale mentionnait en effet « [...] *la surveillance intérieure de l'établissement [...] en ce qui concerne la salubrité, la sécurité, le régime et l'organisation des soins, le travail, la discipline et l'observation des règlements, ainsi que l'enseignement et la réinsertion sociale des détenus.* » Aussi effectuaient-elles normalement, une visite de l'établissement au moins une fois par an, dans la pratique juste avant de se réunir en table ronde ¹⁰⁹², - visite instaurée, dans la théorie, pour leur permettre non seulement de contrôler les conditions de détention mais aussi pour rencontrer les détenus qui l'auraient souhaité -, et entendaient-elles le rapport que le chef d'établissement était tenu de leur présenter chaque année à propos de « [...] *l'organisation et du fonctionnement de l'établissement* »¹⁰⁹³. Elles pouvaient y adjoindre l'audition de toute personne qu'elles estimaient utile, de même qu'elles étaient en droit de multiplier leurs visites, par l'intermédiaire d'une délégation d'un ou plusieurs de leurs membres¹⁰⁹⁴. Enfin, elles pouvaient être destinataires de requêtes formulées par les détenus sur des sujets dans leurs champs de compétence¹⁰⁹⁵.

Point d'achoppement de ces commissions, pourtant au principe remarquable par l'infiltration d'un oeil citoyen au coeur de l'activité la plus quotidienne des établissements pénitentiaires : leur efficacité. L'article D. 184 précisait bien, en son dernier alinéa, qu'« [e]lle[s] ne p[ouvaie]nt, en aucun cas, faire acte d'autorité ». La seule portée de leur mission était la communication au ministre de la Justice des « [...] *observations, critiques ou suggestions qu'elle[s] cro[yaie]nt devoir formuler.* »¹⁰⁹⁶. En outre, Martine HERZOG-EVANS souligne la rareté de l'utilisation par les détenus de leur faculté d'information ou réclamation de la commission, désabusés qu'ils auraient été quant à son efficacité et surtout parfaitement conscients qu'il « [...] *n'[était] pas de leur intérêt d'émettre des critiques* » à l'encontre de l'administration pénitentiaire, geste qui les aurait stigmatisés défavorablement aux yeux de la direction¹⁰⁹⁷. Quant aux visites, elles se réduisaient, en tout cas dans un certain nombre d'établissements, à un simple passage dans les couloirs, un regard rapide posé sur un ou deux cellules et la présentation de quelques prisonniers, triés sur le volet et sous contrôle de l'administration, pour répondre aux questions¹⁰⁹⁸, voire même à une absence complète de visite, les membres de la commission préférant voir se terminer rapidement la réunion. Et il est bien connu que dans le monde du secret, dès lors que son public n'est pas extrêmement attentif, exigeant et fin connaisseur des arcanes de l'établissement qu'il visite, il est aisé à

¹⁰⁸⁶ La liste n'est pas exhaustive. Cf., pour la consulter, l'article D. 180 CPP

¹⁰⁸⁷ Les visiteurs de prisons comme le personnel socio-éducatif oeuvrant dans l'établissement sont ainsi évincés de la commission au même titre que les membres de la direction et du personnel.

¹⁰⁸⁸ Article D. 180 CPP

¹⁰⁸⁹ Alinéa 4 de l'article D. 180 CPP

¹⁰⁹⁰ Sa composition peut néanmoins être identique pour tous les établissements d'un même département (article D. 185 CPP)

¹⁰⁹¹ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 166

¹⁰⁹² Idem

¹⁰⁹³ Article D. 183 CPP

¹⁰⁹⁴ Alinéa 2 de l'article D. 183 CPP

¹⁰⁹⁵ Alinéa 4 de l'article 183 CPP

¹⁰⁹⁶ Alinéa 3 de l'article D. 184

¹⁰⁹⁷ M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, pp. 534-535

¹⁰⁹⁸ M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, p. 535

l'administration de ne montrer que ce qu'elle souhaite montrer¹⁰⁹⁹. Dans tous les cas, le rôle de ces commissions est décrit comme « [...] *purement formel* » par Claude FAUGERON et Pierre-Victor TOURNIER¹¹⁰⁰, peu efficace par Martine HERZOG-EVANS¹¹⁰¹, « [...] *exercice purement formel* »¹¹⁰² et même « *rituel sans portée* »¹¹⁰³ par deux commissions sénatoriales distinctes, dont la seconde terminait par un verdict sans appel : « *Il n'est pas certain qu'il soit encore temps de sauver, sans modifier son organisation, la commission de surveillance, qui a fait preuve de son inutilité depuis des années voire des décennies.* », « [...] [elle] *n'exerce pas son rôle de contrôle des établissements pénitentiaires et il n'est pas évident que des modifications textuelles suffisent à modifier cette situation.* »¹¹⁰⁴. Une dénonciation d'une rare virulence chez les Parlementaires les plus mesurés habituellement, qu'on trouve également, quoique moins radicale dans ses conclusions, dans le rapport établi par l'Assemblée nationale suite à son enquête menée en 2000¹¹⁰⁵ et avant lui, de manière encore plus probante étant donnée la qualité apolitique du travail, dans le rapport sur l'*Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires* rendu par la commission CANIVET en 1999¹¹⁰⁶. La lecture des ouvrages de Philippe COMBESSIE ou Michel NIAUSSAT amène également à s'interroger : à vouloir impliquer la cité et introduire l'oeil citoyen dans les prisons, n'en est-on pas arrivé à créer un groupement désintéressé du problème et s'en dégageant, attitude encouragée par leur mise à l'écart insidieuse opérée, si l'on en croit ces auteurs, par les deux groupes de « présidence de la commission » et des autorités judiciaires, liés avec la direction de l'établissement¹¹⁰⁷.

Seuls les propos d'Eric PECHILLON dénotent, et de manière radicale, par rapport à cette unanime dénonciation. Parlant pour sa part d'« *efficacité [...] bien réelle, quoique très ponctuelle* » des commissions de surveillance, il s'appuie sur l'existence de « *sous-commissions qui fonctionnent à titre permanent, ou tout au moins de façon très régulière* », permettant un réel suivi des relations des détenus avec l'administration, évoque « [...] *une collaboration constructive qui s'établit largement* » entre ces commissions et les chefs d'établissement ainsi qu'avec les surveillants-chefs et justifie l'absence de pouvoir décisionnel de l'organe de contrôle comme un bienfait, « [...] *signe de bonne volonté* » plutôt que « [...] *handicap [...]* ». Selon lui, la Commission serait même devenue, au-delà de son rôle de contrôleur conservé, une forme de « [...] *laboratoire de recherches [...]* » source de propositions au sujet de problématiques concernant le service public pénitentiaire : s'appuyant sur les difficultés de fonctionnement rencontrées par l'établissement pénitentiaire auquel elles se rapportent, ces commissions pouvaient en tirer des solutions valables nationalement. Une divergence de point de vue qui, si elle ne peut effacer les dénonciations postérieures ici rapportées, permet éventuellement de les modérer, et de rappeler aussi la diversité des situations, d'un établissement à l'autre, tenant à moult paramètres. Néanmoins, au vu des lourdes critiques qui l'affligeaient, le Gouvernement a

¹⁰⁹⁹ Cf. les commentaires à ce sujet de MM. G. CANIVET et J.-J. DUPEYROUX lors de leur audition par la commission d'enquête du Sénat, dans J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, p. 157

¹¹⁰⁰ Cf. FAUGERON et M. TOURNIER, *La crise des prisons françaises*, p. 26, cité par M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, p. 535

¹¹⁰¹ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 535

¹¹⁰² J.-J. HYEST, Rapport [...] instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté, Sénat, n° 414, *op. cit.*, 2007, p. 15

¹¹⁰³ J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, *op. cit.*, 2000, p. 165

¹¹⁰⁴ *Idem* p. 166

¹¹⁰⁵ L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, *op. cit.*, tome I, 2000, p. 163

¹¹⁰⁶ Là encore, la condamnation est sévère : « En pratique, la commission de surveillance ne semble pas avoir une grande efficacité dans le contrôle des établissements pénitentiaires. Sa réunion [...] comme la visite traditionnellement consécutive s'avèrent plus formelles que réelles ». Et de rapporter les propos plus qu'inquiétants de Philippe COMBESSIE sur l'absence d'implication des autorités constituant cette commission. (G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, *op. cit.*, 2000, p. 123)

¹¹⁰⁷ Cf. Ph. COMBESSIE, *Prisons des villes et des campagnes*, Paris, Les Editions de l'Atelier/Editions ouvrières, coll. « Champs pénitentiaires », 1996, pp. 82-89 (analyse dans le cadre d'une thèse de troisième cycle en sociologie) ; M. NIAUSSAT, *Prisons de la honte*, Paris, Desclee de Brouwer, 1998, pp. 47-49 (témoignage et réflexions d'un aumônier de prison durant vingt ans).

proposé le remplacement de cette instance par un nouveau « conseil d'évaluation », proposition entérinée par la loi du 24 novembre 2009. Reste à observer, dans la pratique, l'impact de cette réforme, qui apparaît à première vue surtout de pure forme. Des commissions départementales de suivi des politiques pénitentiaires devraient voir le jour par voie réglementaire pour compléter le contrôle opéré par ce nouvel organe.

La deuxième commission de spécialistes qu'est la CNDS était une autorité administrative indépendante créée par une loi du 6 juin 2000 qui se devait « [...] *de veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République* »¹¹⁰⁸. Composée de 14 membres issus notamment des deux assemblées parlementaires et des trois hautes juridictions que sont le Conseil d'Etat, la Cour de Cassation et la Cour des Comptes, elle offrait un mandat de six ans non renouvelable qui lui garantissait indépendance et une relative stabilité¹¹⁰⁹. Seules deux modalités de saisine étaient ouvertes, ne permettant pas son accès direct par un citoyen. Seuls un parlementaire, le Premier ministre ou quelques autorités administratives indépendantes spécialisées dans la défense des droits des personnes¹¹¹⁰ pouvaient la saisir directement, sur leur propre initiative. Toute autre personne ou autorité devait passer par l'intermédiaire d'un parlementaire, qui appréciait l'intérêt et l'opportunité de saisir la CNDS¹¹¹¹. La Commission menait alors une enquête, pouvant « [...] *procéder à des vérifications sur place* [...] »¹¹¹² et obtenir tout document qu'il lui paraissait utile de consulter, quelle qu'ait été la nature de la personne qui les détenait. Seuls le secret ayant trait à la défense nationale, à la sûreté de l'Etat ou à la politique extérieure ainsi que le secret médical et celui protégeant les relations entre un avocat et son client pouvaient lui être opposés¹¹¹³. Devoir lui incombait, son enquête terminée, d'informer les personnes dotées du pouvoir disciplinaire des faits de nature à engendrer des poursuites disciplinaires¹¹¹⁴, de même que le procureur si elle estimait que les faits dont elle était saisie « [...] *laiss[ai]ent présumer une infraction pénale* »¹¹¹⁵. En comparaison à nombre des autorités et organismes précédemment énumérés, cette commission paraissait dotée d'un pouvoir de contrôle plus sérieux dans la mesure où tout refus de communication de pièces ou de déférer à une convocation devant la commission comme le fait d'empêcher à ses membres l'accès à des locaux professionnels était pénalement puni d'amende ainsi que d'éventuelles peines complémentaires non-négligeables¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁸ Article 1er de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 « portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité »

¹¹⁰⁹ Article 2 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁰ Il s'agit du Médiateur de la République, du président de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE), du Contrôleur général des lieux de privation de liberté et du Défenseur des enfants.

¹¹¹¹ Article 4 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹² Article 6 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹³ Article 5 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁴ Article 9 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁵ Alinéa 3 de l'article 8 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁶ Article 15 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc. : « *Est puni d'une amende de 7 500 euros le fait de ne pas communiquer à la commission, dans les conditions prévues à l'article 5, les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de ne pas déférer, dans les conditions prévues au même article, à ses convocations ou d'empêcher les membres de la commission d'accéder, dans les conditions prévues à l'article 6, aux locaux professionnels.* »

Les personnes physiques encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal

2° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du code pénal, du délit défini au premier alinéa. Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

2° L'exclusion des marchés publics, suivant les modalités prévues par le 5° de l'article 131-39 du code pénal ;

3° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, suivant les modalités prévues par le 9° de l'article 131-39 du code pénal. ».

En outre, les autorités contactées par la commission pour prendre en charge les infractions qu'elle avait pu déceler devaient l'informer des suites données à ces affaires¹¹¹⁷. Elle-même pouvait adresser à toute personne publique ou privée exerçant des activités touchant à la sécurité des « [...] *avis ou recommandation[s] visant à remédier aux manquements constatés ou à en prévenir le renouvellement* », sachant que si ces avis ou recommandations n'étaient pas suivis d'effet ou qu'elle n'était pas informée de la suite qui leur a été donnée, elle pouvait jouer de la publicité, au Journal Officiel, d'un « [...] *rapport spécial* [...] » dénonçant ces manquements¹¹¹⁸. Elle établissait également chaque année un rapport d'activité qu'elle devait remettre au Président de la République ainsi qu'au Parlement et qui était rendu public¹¹¹⁹.

Selon le projet de loi organique adopté définitivement par les deux assemblées les 10 et 15 mars 2011, présenté suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui créait un Défenseur des Droits, la CNDS disparaît, voyant ses compétences et attributions transférées à cette nouvelle « [...] *autorité constitutionnelle indépendante* [...] »¹¹²⁰. Cette substitution d'autorité est relevée comme positive par ses initiateurs, ouvrant notamment la possibilité de saisine de cette instance pour le champ d'action de la CNDS. En effet, le Défenseur des droits pourra être saisi, spécialement au titre de sa compétence en matière de déontologie dans le domaine de la sécurité, « [...] *par toute personne qui a été victime ou témoin de faits dont elle estime qu'ils constituent un manquement aux règles de déontologie dans [ce] domaine* [...] »¹¹²¹ et que ces agissements soient le fait de personnes publiques ou privées¹¹²², de même, encore, qu'il pourra se saisir d'office dans tous ses domaines de compétence¹¹²³.

■ 5. Une spécificité pénitentiaire : le contrôle des Parlementaires

Une dernière possibilité de contrôle, existant uniquement pour l'institution pénitentiaire, repose sur le droit de visite inopiné octroyé aux parlementaires par l'article 129 de la loi du 15 juin 2000, codifié aujourd'hui à l'article 719 du CPP. La loi du 24 novembre 2009 y ajoute les « *représentants au Parlement Européen élus en France* »¹¹²⁴. Ces élus doivent avoir accès à tous les endroits de la prison qu'ils souhaitent voir.

◇ b) *Les critiques : inefficacité et manque de rigueur*

Tous ces contrôles externes organisés par les textes se révèlent insatisfaisants dans la manière dont ils sont mis en oeuvre. Quelle que soit la source d'informations consultée, les mêmes griefs reviennent, et ce pour les deux institutions étudiées : le contrôle judiciaire s'avère généralement illusoire, les magistrats ne s'impliquent pas dans cette mission, trop accaparés qu'ils sont par leur charge professionnelle première. Dans tous les cas, s'ils effectuent effectivement les visites requises, leur contrôle ne garde qu'un caractère formel.

Les organes spécialisés montrent également leurs limites, faute de pouvoirs sérieux sur l'administration contrôlée pour obtenir le redressement des situations non conformes au droit et faute de réelle implication des professionnels ou personnalités qui devraient y participer. Les entités ou autorités de contrôle externes mises en place par le droit français pour veiller, en principe, sur les populations enfermées, - et ce pour des raisons autres que la vérification des motifs d'enfermement et la légalité de la décision de privation de liberté -, sont au nombre de six pour chacune des institutions. L'une des critiques récurrentes stigmatise précisément cette multiplicité et la dispersion de ces contrôles : « *les contrôles institués paraissent [...] trop disséminés, parcellaires, pour constituer une véritable force de contrainte sur l'administration*

¹¹¹⁷ Articles 8 et 9 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁸ Article 7 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹¹⁹ Article 12 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000, préc.

¹¹²⁰ Cf. Projet de loi organique « relatif au Défenseur des droits », texte définitif n°620 adopté le 15 mars 2011 par l'Assemblée nationale, article 2

¹¹²¹ Cf. Projet de loi organique « relatif au Défenseur des droits », texte définitif n°620, préc., article 4, 4°

¹¹²² Projet de loi organique « relatif au Défenseur des droits », texte définitif n°620 préc., article 5

¹¹²³ Cf. Projet de loi organique « relatif au Défenseur des droits », texte définitif n°620 préc., article 5

¹¹²⁴ III de l'article 95 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

pénitentiaire. »¹¹²⁵ explique la commission d'enquête de l'Assemblée nationale dans son rapport de 2000. Il n'est pas improbable que la démobilisation de certaines autorités, notamment judiciaires, soit confortée par l'idée que d'autres instances, également en charge de ce contrôle, sont bien mieux placées pour l'effectuer. En conséquence, la multiplication des instances de contrôle, loin d'être une source d'un renforcement des garanties deviendrait au contraire l'artisan de leur délitement. Martine HERZOG-EVANS est plus radicale dans sa critique, amenant à en conclure, pour la prison, à une addition d'instances de «[...] faible efficacité [...]»¹¹²⁶ voire carrément inopérantes, une condamnation que l'on retrouve dans le rapport de la commission d'enquête du Sénat¹¹²⁷.

La question de la publicité des visites soulève un véritable dilemme théorique, beaucoup plus simplement réglé dans la pratique. Dans le principe, en effet, il semble plus pertinent que l'autorité de contrôle se présente de manière inopinée, ce qui évitera les soupçons de préparation de sa venue au sein du service ou de l'établissement et de contrôle devenu factice. Cependant, seule une information préalable de la venue du contrôleur peut permettre aux enfermés ou à leur famille le cas échéant de demander à le voir, de se mettre en mesure de le rencontrer au jour dit, et de lui permettre, à lui, de s'organiser pour rencontrer tous les demandeurs. Or cette information passe nécessairement par l'administration de l'établissement ou du service. En conséquence, dans la théorie, seul l'article L. 3222-4 CSP requiert l'absence de publicité préalable aux visites des autorités judiciaires, du préfet et du maire. Dans tous les autres cas, rien n'est mentionné à ce sujet. Et dans la pratique, seuls les Parlementaires semblent user de cette modalité pour leurs visites. Au sein du monde psychiatrique, une circulaire du 28 novembre 1919 demandait déjà, pour sa part, « [...] que ces visites soient annoncées à tous les malades dans un délai suffisant afin qu'ils puissent préparer leurs réclamations [...] »¹¹²⁸.

Constatant cette démobilisation des autorités administratives et judiciaires, Assia BOUMAZA déplore l'incurie du législateur, qui n'a pas assorti ces obligations de contrôle de sanction pénale en cas de carence¹¹²⁹. Cela alors même que la déresponsabilisation de l'individu, dès lors qu'une mission est confiée à une multiplicité de personnes, est un mécanisme bien connu de tout décideur ou chef de personnel et que, comme elle le rappelle, le député PRUNELLE avait, en son temps, mis en garde sur le problème¹¹³⁰. Une telle solution ne nous paraît pas forcément pertinente dans la mesure où, dans un certain nombre de cas, des problèmes matériels indépendants de la volonté de ces autorités font obstacle à l'exécution de ces contrôles. Il est surtout très vraisemblable que, si une éventuelle sanction devait amener les contrôles à être davantage effectués, ce serait sans conviction pour bon nombre des autorités concernées. En conséquence, la qualité, déjà médiocre bien souvent, de ces contrôles, en pâtirait encore et l'effectivité de ces contrôles ne serait pas améliorée sur le fond.

Aucune des instances françaises de contrôle n'apporte satisfaction sur le plan de l'efficacité. Non indépendants de l'administration de tutelle, ineffectifs ou dévoyés, le bilan de ces contrôles appelle à la mise en place d'un contrôle externe et sérieux, propre à lever tout soupçon de partialité. C'est vers les instances internationales qu'il faut dès lors se tourner pour tenter de trouver une réponse plus satisfaisante face à ces lacunes.

¹¹²⁵ L. MERMAZ et J. FLOCH, La France face à ses prisons. Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée Nationale, n° 2521, op. cit., tome I, 2000, p. 154

¹¹²⁶ M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, p. 531

¹¹²⁷ Ils y sont déclarés « [...] à peu près dépourvus d'effets[...] » . Cf. J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, op. cit., 2000, p. 157

¹¹²⁸ Le principe de l'absence de publicité préalable existant déjà dans la loi de 1838 (cf. article 4 de la loi devenu L. 332 CSP dans sa rédaction antérieure à 1990)

¹¹²⁹ A. BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, op. cit., 2002, vol. II, p. 119

¹¹³⁰ Cf. Travaux parlementaires à propos de la loi du 30 juin 1838, Législation sur les aliénés et les enfants assistés, op. cit., tome II (éd. originale), p. 121 : « Il est de règle que, lorsqu'un si grand nombre de fonctionnaires est chargé d'une inspection, cette inspection est nulle pour chacun d'eux, parce-que chacun se renvoie naturellement la charge. »

B · LES CONTROLES PAR DES ORGANISMES INTERNATIONAUX

Trois instances internationales contrôlent également les lieux de privation de liberté français et sont propres à relever le défi : le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1), le comité contre la torture de l'ONU et le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe (2).

Seule la première de ces autorités est étudiée de manière récurrente dans les documents consultés traitant du contrôle des lieux de privation de liberté français. Il est vrai que le comité contre la torture de l'ONU fonctionne de manière bien spécifique : ayant à se préoccuper de 146 Etats parties à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹¹³¹, il opère son contrôle principalement par le biais de l'étude des rapports périodiques que doivent lui envoyer tous les quatre ans ces Etats à propos de l'exercice, sur leur territoire, des droits de l'Homme consacrés par la Convention. Son pouvoir d'enquête, donc de visite d'un pays, ne peut, quant à lui, être mis en oeuvre qu'à une triple condition : il doit détenir des informations crédibles dénonçant des pratiques de torture, l'Etat concerné ne doit pas avoir posé de réserve à la Convention rejetant la compétence d'investigation du Comité et ce même Etat doit accepter, pour chaque nouvelle affaire, que le Comité effectue une telle visite sur son territoire. La commission CANIVET ne lui accorde donc pas le statut d'autorité de contrôle mais le mentionne en tant qu'instance « [...] *incit[ant] les Etats à mettre sur pied un dispositif de contrôle.* »¹¹³².

§ 1. Le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)

Le Comité européen pour la Prévention de la Torture est, par contre, présenté dans quasiment la totalité des documents consultés comme un contrôle des lieux de privation de liberté à la fois efficace, fiable et donnant confiance en son intégrité donc en son objectivité aux yeux de l'opinion publique et des personnes concernées par les lieux visités. En effet, ce Comité est composé aujourd'hui de 47 membres, un par Etat partie à la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants¹¹³³, choisis « [...] *parmi des personnalités de haute moralité, connues pour leur compétence en matière de droits de l'Homme ou ayant une expérience professionnelle dans les domaines dont traite la [...] Convention* »¹¹³⁴. Un large panel de spécialités et professions y est donc représenté, du juriste au médecin, en passant par le juge ou le criminologue ; un regard croisé et une multiplicité de compétences qui permettent d'assurer une réelle qualité du travail du comité. Ces membres « [...] *siègent à titre individuel [...]* » au sein du comité et se doivent de rester « [...] *indépendants et impartiaux dans l'exercice de leurs mandats [...]* »¹¹³⁵. Ces personnalités sont élues pour un mandat de quatre ans, renouvelable deux fois, et non plus une seule, depuis l'entrée en vigueur du Deuxième Protocole adjoint à la Convention¹¹³⁶, en 2002. L'indépendance est renforcée par l'interdiction posée dans le règlement intérieur du CPT que le membre dont l'Etat fait l'objet d'une visite participe à cette dernière.

Si l'indépendance pouvait dès lors être assurée, *a priori*, dès le départ, l'efficacité du mécanisme n'était pas forcément garantie : les procédures de contrôle mises en place pouvaient laisser un doute quant à leur acceptation par les Etats, qui devaient admettre une violation de leur souveraineté nationale. En effet, selon la Convention, le Comité peut visiter « [...] *tout lieu*

¹¹³¹ Signée le 10 décembre 1984 à New-York et entrée en vigueur en 1987 en ce qui concerne la France.

¹¹³² G. CANIVET (commission présidée par), Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, op. cit., 2000, p. 138

¹¹³³ Signée à Strasbourg le 26 novembre 1987 et entrée en vigueur le 1er février 1989

¹¹³⁴ Alinéa 2 de l'article 4 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants

¹¹³⁵ Alinéa 3 de l'article 5 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants

¹¹³⁶ Protocole n°2 signé à Strasbourg le 4 novembre 1993 et entré en vigueur le 1er mars 2002

[...] où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique »¹¹³⁷ sans avoir à redemander à l'Etat concerné une autorisation de pénétration sur son territoire, qu'il a donnée par principe à la ratification de la Convention. Dès lors, les autorités publiques doivent laisser le Comité visiter tous les établissements et lieux de privation de liberté que le CPT souhaite visiter, et à l'intérieur, le laisser « [...]se déplacer sans entrave[...] »¹¹³⁸, à tout moment, y compris, éventuellement, la nuit. Elles doivent également permettre aux membres du Comité de « [...] s'entretenir sans témoin avec les personnes privées de liberté [...] »¹¹³⁹ ou d'entendre toute autre personne qui lui paraîtrait utile¹¹⁴⁰. C'est donc d'un réel pouvoir d'investigation qu'est déjà doté le CPT.

Quant aux visites, elles peuvent être de trois types : celles dites « périodiques » lui offrent la possibilité d'une étude approfondie et donc de qualité, permettant de mettre en exergue des dysfonctionnements parfois non décelés par les autres contrôles effectués par les instances nationales. Durant de quelques jours à deux semaines, elles sont constituées, outre des entretiens avec les ministres concernés et le personnel administratif responsable des établissements visités ainsi qu'avec des ONG, des associations et des experts versés dans les problématiques étudiées lors du passage du CPT, de la visites d'une série de lieux de privation de liberté. Afin d'optimiser ces visites, l'Etat est informé suffisamment tôt à l'avance de l'arrivée du CPT sur son territoire, ce qui lui permet de la préparer, mais sans que le délai soit trop long, afin de lui éviter de cacher les réalités désagréables. En conséquence, la pratique du CPT consiste actuellement à informer l'Etat dix jours avant sa venue des dates précises de cette dernière, et seulement deux jours avant son arrivée des lieux précis qui seront effectivement visités, sachant que le Comité garde la possibilité de visiter tout autre lieu non listé. Se rajoutent à cette première modalité de contrôle les visites « *ad hoc* », déplacement d'urgence dans un Etat pour lequel des allégations de « [...] faits de torture ou d'abus manifeste [...] »¹¹⁴¹ ont été formulées au CPT, et les « visites de suivi » qui permettent au CPT de vérifier que ses recommandations ont bien été suivies d'effet.

Ces visites débouchent sur un rapport, agréementé généralement de recommandations afin de redresser les dysfonctionnements, voire les cas caractérisés d'atteinte aux droits fondamentaux relevés. Ces rapports, confidentiels dans un premier temps et transmis aux autorités de l'Etat concerné, s'appuient sur un principe de collaboration entre le CPT et l'Etat. Le rapport tient compte des observations soumises au Comité par l'Etat et du contexte socio-économique de ce dernier au moment de la visite. Il peut, à la suite de ses constats, proposer des mesures à adopter à l'Etat pour résoudre les dysfonctionnements soulevés et peut devenir également une instance de conseil ou d'expertise pour les Etats parties à la Convention, notamment pour prévenir tout traitement incompatible avec les valeurs des droits de l'Homme. Le CPT engage par la suite les Etats-membres à publier ces rapports, mais cet acte ne peut se faire qu'avec leur assentiment exprès. Ce filtrage par la partie contrôlée laisse entendre l'impact que peut avoir une telle publication, ce qui est effectivement le cas. L'importance de l'acte est même telle que la déclaration publique à propos de la situation constatée, que ces Etats ne voudraient pas ou tarderaient à corriger, est l'arme utilisée en pouvoir de sanction à l'encontre de ceux qui refuseraient de corriger les dysfonctionnements pointés par le CPT lors de ses visites¹¹⁴²... et que, contrairement à ce qu'ont pu craindre nombre de sceptiques, cette menace est d'une grande efficacité. Les Etats restent rarement inertes suite aux griefs et aux recommandations énoncés par le CPT à leur encontre. C'est que jeter en pâture aux *media*

¹¹³⁷ Article 2 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants

¹¹³⁸ Alinéa 2 de l'article 8 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants, point c/

¹¹³⁹ Alinéa 3 de l'article 8 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants

¹¹⁴⁰ Alinéa 4 de l'article 8 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants

¹¹⁴¹ G. CANIVET (commission présidée par), Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, op. cit., 2000, p. 133

¹¹⁴² Le CPT peut décider de cette « déclaration publique » après avoir proposé à l'Etat concerné de s'expliquer, et sur une décision à la majorité des deux tiers du Comité, de faire cette déclaration.(alinéa 2 de l'article 10 de la Convention pour la Prévention de la Torture et des traitements inhumains et dégradants)

l'existence de graves atteintes aux droits de l'Homme fait mauvaise figure pour des pays qui se veulent civilisés et à la pointe du respect de l'être humain, voire s'ériger en modèles du genre. Dès lors, non seulement, ils collaborent avec le CPT pour redresser les situations inacceptables sur le plan des droits de l'Homme mais en outre, ils tiennent à montrer leur bonne foi et leur volonté de s'améliorer en acceptant la publication des rapports, qui ne se fait alors plus du tout dans le même esprit.

Le doute sur l'efficacité de l'action du Comité venait également de la définition de ses compétences, qui pouvaient paraître, dans l'énoncé originel, relativement restrictives : l'article 1er n'évoque que la lutte contre la torture et les traitements inhumains et dégradants, des actes pour lesquels la Cour Européenne des Droits de l'Homme demande un certain degré de gravité, qui aurait rendu l'action du CPT « [...] *dérisoire dans le cadre des pays européens* [...] » selon Martine HERZOG-EVANS¹¹⁴³. En réalité, dès le rapport explicatif à la Convention, puis avec l'idée que « *la vie en prison est un tout* », comme l'explique Yvan ZAKINE, ancien président du CPT¹¹⁴⁴, ces compétences se sont largement étendues aux conditions générales de détention, sur le plan matériel comme social (relations sociales et affectives maintenues ou encouragées), au régime juridique de la détention, à l'attitude des personnels à l'égard des personnes privées de liberté etc. Autant de points applicables pour la prison comme pour tout autre lieu privatif de liberté de la compétence du CPT.

Le CPT est donc la seule instance relevée par les différents documents consultés comme menant une action de contrôle effective et réellement efficace¹¹⁴⁵. Trois principales limites viennent cependant assombrir ce constat de réussite : d'une part il n'a pas compétence pour connaître des requêtes individuelles et surtout, son contrôle ne peut être qu'épisodique et ne concerner à chaque fois qu'un nombre restreint de structures implantées sur le territoire national, ce qui en fait un contrôle quelque peu bridé¹¹⁴⁶. Enfin, comme le constate la commission d'enquête du Sénat, l'efficacité est réelle surtout dans sa capacité à détecter les dysfonctionnements ; par contre, en aval, toutes ses recommandations ne sont pas toujours suivies d'effets. Christophe CARDET déplore à ce niveau que la presse ne joue pas suffisamment son rôle de relais des résultats, souvent mitigés, des visites du CPT, une plus ample publicité des manquements relevés pouvant inciter les Etats, dont cela entache la réputation de défenseurs des droits de l'Homme, à prendre les mesures propres à redresser la situation¹¹⁴⁷. Malgré tout, cette instance supra-nationale est généralement avancée comme modèle pour la nouvelle autorité de contrôle externe souhaitée... ce qui s'est effectivement produit puisque la loi du 30 octobre 2007 instaurant un contrôleur des lieux de privation de liberté calque sur bien des points le fonctionnement du CPT.

§ 2. Le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe

Une dernière instance de contrôle des lieux de privation de liberté reste peu étudiée : le Commissaire européen aux Droits de l'Homme. « [I]nstitution indépendante au sein du Conseil

¹¹⁴³ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 536

¹¹⁴⁴ Propos rapportés par la Commission CANIVET dans son rapport, dans G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., 2000, p. 130

¹¹⁴⁵ Cf. notamment M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, pp. 535-536 ; G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., 2000, p. 128, J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons une humiliation pour la République*, Sénat, n° 449, op. cit., 2000, pp. 175-180, Ch. CARDET, « Le contrôle « extérieur » des établissements pénitentiaires en Europe ou l'esquisse d'un triptyque », *Revue de Science Criminelle*, 2003, pp. 872-874, ou encore M.-J. BERNARD, « Conseil de l'Europe, droits de l'Homme et prisons : l'impact du Comité européen pour la Prévention de la Torture sur la réforme des prisons », *RFAP*, n°99, 2001, p. 532

¹¹⁴⁶ On peut en outre rajouter le fait que les Etats parties à la Convention peuvent éventuellement alléguer de circonstances exceptionnelles pour s'opposer ponctuellement à la visite du Comité, mais ce refus doit être dûment motivé, une liste limitative de justifications figurant à l'article 9 de la Convention, et l'Etat et le CPT doivent rentrer immédiatement en relation pour s'accorder sur l'exécution du contrôle suspendu le plus rapidement possible.

¹¹⁴⁷ Ch. CARDET, « Le contrôle « extérieur » des établissements pénitentiaires en Europe ou l'esquisse d'un triptyque », op. cit., 2003, p. 874

de l'Europe »^{1148 1149} créée par résolution du Comité des Ministres du 7 mai 1999¹¹⁵⁰, le Commissaire doit notamment « [...] promouvoir le respect effectif des droits de l'Homme et [...] aider les Etats membres à mettre en oeuvre les normes du Conseil de l'Europe en la matière ; promouvoir l'éducation et la sensibilisation aux droits de l'Homme [dans ces mêmes pays] ; [...] déceler d'éventuelles insuffisances dans le droit et la pratique en matière de droits de l'Homme ; [...] et [...] apporter conseils et informations concernant la protection des droits de l'Homme dans toute la région »¹¹⁵¹. Restant par contre une instance non-judiciaire, il ne peut pas recevoir de requêtes individuelles mais peut s'appuyer sur les informations émanant de particuliers pour lancer des actions dans l'Etat-membre concerné. Autant de parallèles qui peuvent amener à le confondre avec le CPT, sans compter qu'il agit également par le biais de visites officielles dans les différents Etats-membres afin d'y « [...] évaluer la situation des droits de l'Homme sous tous ses aspects[...] »¹¹⁵². Cela passe inmanquablement par des visites de lieux de privation de liberté, « officielles » et « de suivi », et donne lieu à des rapports, mais cette fois automatiquement publiés et amplement diffusés parmi les ONG et dans les *media*. Ce dernier aspect explique sans doute que c'est le rapport du Commissaire aux droits de l'Homme de l'époque, Alvaro GIL-ROBLES, qui a eu un véritable retentissement médiatique en France en 2006¹¹⁵³, alors que ceux du CPT, qui avait officié sur le territoire français en mai 2000, juin 2002, juin 2003, décembre 2004, fin septembre-début novembre 2006 et fin novembre 2008 n'ont, pour aucun d'entre eux, connu une telle diffusion, chacun de ces rapports ayant pourtant été publié suite à l'autorisation donnée en ce sens par le Gouvernement Français^{1154 1155}.

En cet état de la situation française, et malgré la multiplicité et la diversité de ces contrôles, aucune instance ne peut revendiquer de proposer un contrôle digne de celui demandé par le Parlement Européen dans sa résolution du 17 décembre 1998, et qui respecterait les *Règles Pénitentiaires Européennes* (RPE) adoptées en 1973 et révisées en 1987 puis en 2006¹¹⁵⁶. Sans compter que la France a signé le 26 septembre 2005 le *Protocole facultatif rattaché à la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements*

¹¹⁴⁸ Site de présentation du commissaire européen aux droits de l'Homme, [en ligne]

http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/mandate_fr.asp, consulté le 30/ 09/ 2009

¹¹⁴⁹ Et d'ailleurs dans cette optique élu pour un mandat de six ans non renouvelable (article 11 de la résolution (99) 50 du 7 mai 1999).

¹¹⁵⁰ Résolution (99) 50 du 7 mai 1999 sur le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, [en ligne], site du Commissaire européen aux droits de l'Homme, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(99\)50&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(99)50&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75), consultée le 5/10/2009

¹¹⁵¹ Site de présentation du commissaire européen aux droits de l'Homme, [en ligne], *op. cit.*, et cf. article 3 de la résolution (99) 50 du 7 mai 1999

¹¹⁵² Site de présentation du commissaire européen aux droits de l'Homme, [en ligne], *op. cit.*

¹¹⁵³ A. GIL-ROBLES, *Rapport sur le respect effectif des droits de l'Homme en France suite à la visite du 5 au 21 septembre 2005*, [en ligne], 2006. Concernant le retentissement médiatique, outre sa publication et sa diffusion au grand public en librairie en février 2006 (éditions des Equateurs, coll. « Documents », 269 p.), cf. par exemple, A. PEREIRA, « Le Conseil de l'Europe s'inquiète de la situation des détenus dans les prisons françaises », *Le Monde* du 14/2/2006, p. 12 ; A. GIL-ROBLES, « Sauf en Moldavie, je n'ai vu de prison pire que ça ». Entretien mené par D. SIMONNOT, [en ligne], site du journal *Libération*, <http://www.liberation.fr/societe/0101542515-sauf-en-moldavie-je-n-ai-vu-de-prison-pire-que-ca>, publié le 22/9/2005 ; L. de CHARETTE et J. CHICHIZOLA, « Le Conseil de l'Europe dénonce les geôles du palais de justice de Paris », *Le Figaro*, 16/2/2006 ; A. SALLES, « La France coupable de « traitements inhumains » », *Le Monde*, 7/12/2007, p. 9

¹¹⁵⁴ Le dernier rapport du CPT rendu à propos d'une visite concerne une visite « ad hoc » en Guyane, publié le 10/12/2009. Le dernier rapport concernant une visite périodique en France effectuée du 27/9/2006 au 9/10/2006 ayant été publié le 10/12/2007, celui concernant la visite de 2010 étant toujours attendu. Les visites de 2002, 2003, 2004 et 2008 ont été des visites « ad hoc ».

¹¹⁵⁵ Le commissaire aux droits de l'Homme, Thomas HAMMARBERG, a rendu un nouveau rapport suite à une nouvelle visite en France en 2008 (Th. HAMMARBERG, *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], *op. cit.*, novembre 2008), qui, il est vrai, n'a pas connu la même résonance médiatique que celui de Monsieur GIL-ROBLES, restant à un degré d'information davantage comparable avec celui connu par les rapports du CPT.

¹¹⁵⁶ Ce sont les règles 9 et de manière plus précise 93-1 qui posent le principe d'un contrôle par un organe indépendant.

cruels, inhumains ou dégradants, un protocole¹¹⁵⁷ finalement entré en vigueur le 22 juin 2006. Or, il imposait la mise en place d'un « *mécanisme national de prévention* » (MNP) – autorité indépendante qui devra étudier la situation des personnes privées de liberté, émettre des recommandations à l'attention des autorités en charge de ces personnes et, éventuellement, proposer des modifications du droit interne en vigueur – dans l'année suivant la ratification du Protocole¹¹⁵⁸.

C'est principalement par le biais d'une volonté d'évolution de l'institution pénitentiaire que les deux institutions étudiées vont voir les modalités de leur contrôle progresser. La Commission CANIVET, lorsqu'elle s'est penchée spécifiquement sur la question dans le cadre de l'institution pénitentiaire, a proposé de conserver cette multiplicité de contrôles, qu'elle trouve, dans son principe, bienfaitrice pour aider à la transparence de l'institution carcérale¹¹⁵⁹, mais de les réorganiser. Pour elle, comme pour Christophe CARDET plus tard, les principales lacunes viennent moins des organes de contrôle eux-mêmes que de leurs modalités d'action. La commission proposait donc de re-stimuler ces organes, par leur « *mise en cohérence* » et leur éventuelle confrontation, et de leur adjoindre un triptyque assurant le contrôle extérieur. Seule la commission de surveillance se verrait supprimée, mais pour être remplacée par une « *conférence d'établissement* » réunissant l'ensemble des organes opérant les contrôles administratifs, une telle réunion permettant la confrontation et la stimulation recherchée par la commission, par une communication réciproque des bilans d'activité de chacune des autorités de contrôle et obligeant en outre chacune des autorités à effectivement effectuer les contrôles qui lui incombent¹¹⁶⁰. En outre, elle invite à les compléter par un contrôle externe qui engloberait les trois fonctions de contrôle dégagées par elle - celle de « *vérification* », celle de « *médiation* » et celle d'« *observation* »¹¹⁶¹ - mais qui devrait dès lors être réparti entre trois organes distincts.

Malgré l'effervescence intellectuelle mobilisée autour de la nécessité, ressentie par toutes les parties à l'affaire, de créer un organe de contrôle externe des prisons, il faut attendre le 30 octobre 2007 pour que la loi définitive instaurant une telle autorité soit promulguée.

C · UN CONTROLEUR FRANÇAIS SPECIALISE DANS LA PRIVATION DE LIBERTE, LA REPONSE DE L'ETAT A UNE SITUATION INSATISFAISANTE

La loi du 30 octobre 2007 instaure donc une nouvelle autorité administrative indépendante, le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté (CGLPL), compétent pour contrôler les conditions de prise en charge des personnes dans tout lieu d'enfermement¹¹⁶² (1). Figure attendue et emblématique du progrès du droit français en matière de protection des droits fondamentaux et de la dignité de la personne humaine enfermée, un premier bilan, quoiqu'à très court terme puisqu'évalué sur moins de trois ans de fonctionnement effectif, paraît nécessaire pour faire ressortir les points faibles à renforcer dans cette autorité symboliquement

¹¹⁵⁷ Protocole adopté par l'Assemblée Générale des Nations-Unies le 18 décembre 2002

¹¹⁵⁸ Ratification intervenue en juillet 2008 en France, donc une fois la loi créant le contrôleur des lieux de privation de liberté promulguée.

¹¹⁵⁹ G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., 2000, p. 225

¹¹⁶⁰ *Idem*, p. 226

¹¹⁶¹ La commission CANIVET définit la fonction de « *vérification* » comme celle « [...] tend[ant] à s'assurer du respect du droit dans la prison et de la réalisation, par l'Administration, des objectifs de ses politiques, nationale et locale », la fonction de « *médiation* » comme celle « [...] vis[ant] à apporter une solution aux différends de toute nature entre le détenu et l'Administration, ainsi qu'à préciser les points de réglementation présentant des difficultés d'interprétation », et enfin la fonction d'« *observation* » comme celle « [...] a[yan]t pour finalité d'introduire dans l'établissement pénitentiaire un « regard extérieur » qui permette un contrôle quotidien identique à celui que pratique le citoyen dans la société libre, afin de parvenir à la transparence nécessaire au bon fonctionnement de l'institution. » (G. CANIVET (commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, op. cit., 2000, p. 193)

¹¹⁶² Ce contrôle est d'ailleurs spécifiquement rappelé dans la loi du 24 novembre 2009 en ce qui concerne les établissements pénitentiaires (article 4).

cotée (2).

§ 1. Mission et pouvoirs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté,

Il ne s'agit pas, contrairement aux annonces officielles faites en octobre 2006 par le Garde des Sceaux de l'époque, d'une extension des fonctions du Médiateur de la République mais bien de la création d'une autorité administrative indépendante complètement nouvelle et spécialisée, qui se voit chargée non seulement des établissements pénitentiaires, mais également de tous les lieux où sont placées des personnes « [...] *privées de liberté par décision d'une autorité publique, ainsi que tout établissement de santé habilité à recevoir des patients hospitalisés sans leur consentement* [...] »¹¹⁶³, que ces lieux soient privés ou publics¹¹⁶⁴.

Les statuts du ainsi nommé « Contrôleur général des lieux de privation de liberté »¹¹⁶⁵ semblent, comme on l'a précédemment évoqué, très fortement inspirés de ceux du CPT. En effet, en premier lieu, l'indépendance du contrôleur est garantie par son mandat, de six ans non renouvelable, par son irrévocabilité durant cette période puisque seul un cas « [...] *de démission ou d'empêchement* [...] » peuvent mettre fin à ses fonctions avant l'échéance prévue¹¹⁶⁶, par la série d'incompatibilités entre son mandat et tout autre emploi public, activité professionnelle ou mandat électif¹¹⁶⁷, par l'immunité juridictionnelle dont il jouit dans l'exercice de ses fonctions¹¹⁶⁸ et, bien entendu, du fait qu'« [...] *il ne reçoit d'instruction d'aucune autorité.* »¹¹⁶⁹. En outre, il dispose en propre de crédits, n'étant soumis qu'à un contrôle *a posteriori* par la Cour des Comptes^{1170 1171}. En deuxième lieu, son champ de compétence, déjà évoqué, rejoint celui du CPT : tout lieu accueillant une ou plusieurs personnes privées de liberté est soumis à ce contrôle. Il est intéressant de noter à ce niveau que, comme pour le CPT, c'est moins sur la nature du lieu que sur la motivation de l'enfermement des personnes que s'appuie la compétence du Contrôleur. En effet, il devient compétent dès lors que le lieu renferme une personne détenue contre sa volonté, sur décision d'autorité publique ou assimilée. Par contre, autorité non-judiciaire, il se cantonne à s'intéresser « [...] *aux conditions de prise en charge et de transfèrement* [...] » de ces personnes « [...] *afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux.* »¹¹⁷² mais n'est en aucun cas chargé de vérifier la légalité de la mesure

¹¹⁶³ Alinéa 1er de l'article 8 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁶⁴ Le premier Contrôleur général, nommé par décret du Président de la République du 13 juin 2008, est Jean-Marie DELARUE, Conseiller d'Etat. Cf. pour sa biographie, soulignant son implication dans les problèmes liés aux libertés publiques, le site du Contrôleur général des lieux de privation de liberté [en ligne], <http://www.cglpl.fr/missions-et-actions/biographie-jm-delarue/> (consulté le 8/10/2008). Cf. également A. SALLES, « Jean-Marie Delarue. Le juste des prisons », *Le Monde* du 24 juin 2008, p. 16

¹¹⁶⁵ Le contrôleur général est en réalité entouré d'une équipe de contrôleurs pour le seconder et rendre plus efficaces les enquêtes et visites. Formant une équipe pluridisciplinaire quant aux origines professionnelles et expériences des différents membres, ces personnes sont choisies par le contrôleur général lui-même, en toute indépendance et en ne s'appuyant que sur leurs compétences en rapport avec la mission qui leur sera confiée. Ils sont dotés des mêmes pouvoirs que le contrôleur général lors des enquêtes et astreints au même secret professionnel (cf. notamment l'article 4 de la loi du 30 octobre 2007 et le chapitre Ier du décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 « relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté »).

¹¹⁶⁶ Article 2 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁶⁷ Alinéa 4 de l'article 2 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁶⁸ Alinéa 3 de l'article 2 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁶⁹ Alinéa 2 de l'article 1er de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁷⁰ Article 13 de la loi du 30 octobre 2007 et article 9 du décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 « relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ».

¹¹⁷¹ Une modalité de fonctionnement qui reste critiquée par Marianne MOLINER-DUBOST, soulignant que le montant des crédits demeure décidé par le Parlement et le Gouvernement dans le cadre du budget, ce qui bride nécessairement l'indépendance fonctionnelle du Contrôleur. Elle s'appuie pour cette remarque sur l'analyse du problème par le Conseil d'Etat, qui concerne toutes les autorités administratives indépendantes (cf. M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *AJDA*, 2008, p. 85 et CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes. Rapport public 2001*, Paris, La documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 52, 2001, 472 p.)

¹¹⁷² Alinéa 1er de l'article 1er de la loi du 30 octobre 2007

d'enfermement, quelle qu'elle soit. Son champ de compétence peut s'avérer malgré tout extrêmement large si l'imprécise expression « *droits fondamentaux* » est comprise dans un sens extensif. Dans tous les cas, dignité humaine, lutte contre les traitements inhumains et dégradants et leurs corollaires de respect de l'intimité des personnes, de l'intégrité physique et morale des individus privés de liberté font partie des notions contrôlées et promues par le contrôleur général¹¹⁷³. En troisième lieu, ses pouvoirs d'investigation et son rôle, de manière plus générale, sont *quasi* calqués sur ceux du CPT : en effet, au plan strict des pouvoirs, il détient un droit de visite de tout lieu remplissant les caractéristiques susvisées situé sur le territoire français, départements et territoires d'Outre-Mer compris¹¹⁷⁴, et à l'intérieur de ces lieux de tout endroit auquel il souhaite accéder¹¹⁷⁵, « [...] à tout moment [...] »¹¹⁷⁶ c'est-à-dire y compris la nuit¹¹⁷⁷, seuls des motifs particulièrement graves, similaires à ceux acceptés par le CPT dans le même cas, pouvant justifier une opposition à sa visite de la part de l'autorité responsable du lieu, le report de la visite étant alors envisagé¹¹⁷⁸. Il est en outre doté d'un droit d'accès aux informations très large puisque couvrant toute information ou pièce qu'il estime utile à l'exercice de sa mission et détenue par les autorités responsables du lieu de privation de liberté concerné¹¹⁷⁹, et puisqu'il peut également s'entretenir de manière confidentielle avec « [...] toute personne dont le concours lui paraît nécessaire. »¹¹⁸⁰. La soumission au secret professionnel auquel le contrôleur et son équipe sont astreints¹¹⁸¹ permet ce large pouvoir d'accès aux informations et facilite leur délivrance ainsi que les confidences.

Pourtant, ces larges pouvoirs d'investigation n'ouvrent pas sur un pouvoir de sanction ou d'injonction. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté a été voulu par ses initiateurs comme une instance menant une action préventive et de conseil, ce qui prolonge encore le parallèle établi avec le CPT. Comme l'explique Marianne MOLINER-DUBOST, « [...] le législateur [a] [...] souhaité instaurer un climat de coopération et éviter le rejet de l'institution. [...] »¹¹⁸². Par contre, il garde comme arme la possibilité de publier les « [...] avis, recommandations ou propositions [...] » faites aux autorités publiques concernées et les propositions de modification du droit applicable faites au Gouvernement, accompagnés le cas échéant des observations données en réponse par ces autorités¹¹⁸³. Mais surtout, dans les cas où « [...] il constate une violation grave des droits fondamentaux d'une personne privée de liberté [...] », il peut immédiatement faire connaître ses observations aux autorités compétentes en leur fixant un délai de réponse, à l'issue duquel « [...] il constate s'il a été mis fin à la violation signalée » ; s'il le juge alors nécessaire, il rend public, sans plus de délai, le contenu de l'échange avec les autorités concernées¹¹⁸⁴. Faute de pouvoir coercitif, il est donc doté d'un « pouvoir

¹¹⁷³ Cf., CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE (CGLPL), *Rapport d'activité 2008*, [en ligne], site du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 2009, 211 p.

¹¹⁷⁴ Article 16 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁷⁵ Ce qui est implicite dans la loi mais dûment rappelé, par exemple dans la circulaire du cabinet du garde des sceaux n° 2008-17/SG du 18 juin 2008 « relative au Contrôleur général des lieux de privation de liberté » au point 2.2.1.1.

¹¹⁷⁶ Alinéa 1er de l'article 8 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁷⁷ Ce qui est effectivement confirmé par le rapport annuel d'activité 2008, CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, *op. cit.*, 2009, p. 9

¹¹⁷⁸ Alinéa 2 de l'article 8 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁷⁹ Comme pour le CPT, seuls les motifs d'« [...] atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'Etat, au secret de l'enquête et de l'instruction, au secret médical ou au secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client » peuvent valablement lui être opposés (alinéa 4 de l'article 8 de la loi du 30 octobre 2007)

¹¹⁸⁰ Alinéa 3 de l'article 8 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸¹ Article 5 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸² M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *op. cit.*, 2008, p. 87. C'est effectivement l'esprit que l'on trouve dans le rapport de Jean-Jacques HYEST dans son rapport sur le projet de loi concernant la création d'un Contrôleur général des lieux de privation de liberté : cf. J.-J. HYEST, *Rapport [...] sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Sénat n° 414, *op. cit.*, 2007, p. 35

¹¹⁸³ Article 10 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸⁴ Alinéa 2 de l'article 9 de la loi du 30 octobre 2007. On persiste dans le parallèle avec le CPT et ses possibilités de « déclaration publique » à titre de sanction.

d'influence », une véritable « *magistrature morale* », comme l'exprime Michel GENTOT dans le cadre des autorités administratives indépendantes¹¹⁸⁵, en lesquels le législateur a suffisamment de croyance pour penser qu'ils suffiront à inciter les autorités responsables des lieux de privation de liberté et leurs tutelle à faire évoluer les situations critiques. Il doit également, de manière plus classique, informer le procureur de la République de tout fait laissant présumer l'existence d'une infraction pénale et les autorités investies du pouvoir disciplinaire de ceux « [...] *de nature à entraîner des poursuites disciplinaires.* »¹¹⁸⁶. Dans le principe pourtant, le Contrôleur général doit travailler plutôt sur la collaboration avec les responsables des lieux visités et leur tutelle. Il doit donc, à l'issue de chaque visite, transmettre ses observations « [...] *concernant en particulier l'état, l'organisation ou le fonctionnement du lieu visité, ainsi que la condition des personnes privées de liberté* » aux « [...] *ministres intéressés* [...] », qui peuvent formuler des réponses sur les points pour lesquels il le jugent utile, ou si le Contrôleur l'a lui-même expressément demandé. La visite en elle-même fait l'objet d'un rapport, auquel est annexé l'ensemble de ces observations et réponses¹¹⁸⁷. Afin d'assurer la transparence de l'institution, un rapport d'activité doit être remis tous les ans au Président de la République et au Parlement, qui doit également être rendu public¹¹⁸⁸.

Pour parfaire l'efficacité de l'instance, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut être saisi autant par des autorités officielles telles le Premier ministre, un membre du Gouvernement, un Parlementaire ou une des Autorités administrative indépendante concernée par son ministère – le Médiateur de la République, le Défenseur des Enfants, le président de la CNDS et le président de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) – que s'auto-saisir¹¹⁸⁹. Mais surtout, toute personne physique ou toute personne morale « [...] *s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux* [...] » peut « [...] *porter à [sa] connaissance [...] des faits ou situation susceptibles de relever de sa compétence* »¹¹⁹⁰. Forme de saisine après auto-filtrage effectué par le Contrôleur lui-même puisqu'il est libre de donner suite ou non à ces informations.

§ 2. Premier bilan : une institution active mais peu écoutée

On a pu s'interroger sur l'utilité d'une énième instance de contrôle. Il est vrai que cette nouvelle autorité transversale vient s'ajouter et non se substituer aux autres contrôleurs de toutes espèces existant déjà quel que soit le lieu de privation de liberté visé, mais dans l'objectif de les compléter¹¹⁹¹ ; la vision de la Commission CANIVET a été sur ce point entérinée : les différentes modalités de contrôle ont chacune un rôle spécifique et restent utiles dans l'absolu. Il ne s'agit donc pas de les faire disparaître mais de les réorganiser ou de leur donner les moyens – puis la conscience professionnelle – d'exercer pleinement leur mission. Si la réticence à rendre effective cette mission de contrôle persiste, peut-être faudra-t-il effectivement en passer par des sanctions disciplinaires, mais cela ne pourra être acceptable qu'à partir du moment où les moyens humains et matériels seront donnés à ces instances de contrôle.

On a pu craindre également pour l'avenir du Contrôleur général des lieux de privation de liberté suite à la création, par l'article 41 de la loi de révision constitutionnelle du 23 juillet

¹¹⁸⁵ M. GENTOT, cité par M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *op. cit.* 2008, p. 87

¹¹⁸⁶ Alinéas 3 et 4 de l'article 9 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸⁷ Alinéa 1er de l'article 9 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸⁸ Article 11 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁸⁹ Alinéa 2 de l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁹⁰ Alinéa 1er de l'article 6 de la loi du 30 octobre 2007

¹¹⁹¹ M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *op. cit.*, 2008, pp. 87-88 citant Ph. GOUJON dans son *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Rapport de l'Assemblée nationale, n° 162, 18 septembre 2007. Voir aussi J.-J. HYEST, *Rapport [...] sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Sénat n° 414, 2007, p. 33

2008¹¹⁹², du défenseur des Droits, en tant qu'autorité administrative indépendante devant remplacer un certain nombre d'institutions de même statut oeuvrant précisément dans la défense des droits des citoyens. En réalité, les projets de loi organique et de loi ordinaire définitivement adoptés les 10 et 15 mars 2011 laissent indemne le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, la nouvelle institution ne se substituant qu'au Médiateur de la République, au Défenseur des Enfants, à la HALDE et, on l'a mentionné, à la CNDS¹¹⁹³. Il deviendra par contre, de toute évidence, un partenaire privilégié¹¹⁹⁴ du Contrôleur général.

L'institution semble donc prête à perdurer, le rapport d'activité de 2008 est de bon augure quant à l'indépendance, l'esprit d'analyse et la volonté de réellement pousser les administrations à des améliorations. Pourtant, Jean-Marie DELARUE souligne lui-même une faille dans le fonctionnement du contrôle, indépendante de sa volonté mais sans doute inhérente au mode de fonctionnement de l'institution et fort handicapante pour la crédibilité et la confiance qui seront portées à cette dernière : dès les premiers mois de fonctionnement de cette instance, l'administration pénitentiaire a pris l'habitude de dresser « [...] *un tableau nominatif national, comportant le nom du détenu auteur de la saisine, le motif de la saisine et la réponse apportée par le Contrôleur général.* [...] »¹¹⁹⁵, cela étant possible par de simples recoupements entre d'une part, les courriers confidentiels envoyés au Contrôleur général par certains détenus qui, même sous plis fermés, doivent passer par l'administration pour sortir de prison et dont la destination peut être relevée par le personnel pénitentiaire et, d'autre part, les observations ou visites ensuite effectuées par l'autorité administrative indépendante. De manière plus directe, il peut être nécessaire pour le Contrôleur, sur certaines affaires individuelles, de citer le nom du détenu, le problème soulevé ne pouvant être réglé par une solution collective. Dans tous les cas, l'institution du Contrôleur général des lieux de privation de liberté est donc prise au piège : elle amène à faire connaître à l'administration l'identité de l'auteur de la réclamation ou dénonciation. Monsieur DELARUE s'interroge sur les raisons de l'existence d'une telle liste, tout-à-fait inutile dans le cadre de la résolution des contentieux, et craint le pire quant aux mesures de rétorsion qu'elle peut sous-entendre. Il fait remarquer qu'elle est illégale et en demande la cessation. Cependant, une telle pratique menée à visage découvert ne fait que mettre en valeur les défauts viciant un contrôle pourtant fondamentalement nécessaire et utile tel que celui nouvellement instauré avec le Contrôleur général. Comment s'assurer qu'elle ne sera pas officieusement maintenue par l'administration pénitentiaire ? Une solution sera peut être une sensibilisation accrue du Contrôleur général et de ses équipes sur ce plan-là dans le cadre de leurs investigations, vérifiant qu'effectivement, un tel fichier, même occulte, n'existe plus... dans la mesure où l'administration pénitentiaire ne peut rien lui cacher, et alors même qu'elle peut toujours arguer du « secret-défense » pour protéger certains de ses fichiers. Comment s'assurer que ce motif est invoqué à bon escient ? Sans doute également le Contrôleur général pourra-t-il se rapprocher des services de la CNIL sur ce point. Dans tous les cas, on peut craindre une perte de confiance des détenus dans l'utilisation du Contrôleur général.

On retrouve là la dimension d'institution totale persistante de la prison, apparemment non constatée pour l'hôpital psychiatrique, en tout cas pas en ces termes : supporter un contrôle externe qui lui ôte une certaine maîtrise de son fonctionnement semble au-delà de ce qu'on peut imposer à l'institution carcérale. Mais ce caractère totalitaire est surtout flagrant dans son inhérence à l'institution pénitentiaire, et en vérité, sans doute n'est-ce qu'une question de volonté des autorités en charge de l'institution psychiatrique s'il n'en est pas de même en son sein. Par

¹¹⁹² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 « de modernisation des institutions de la Ve République ». L'article 41 introduit un titre XI bis dans la Constitution portant création de ce Défenseur des droits, *JORF* du 24/7/2008.

¹¹⁹³ Comme cela avait d'ailleurs été finalement proposé dans les projets de lois initiaux présentés en Conseil des ministres le 9 septembre 2009. Ce choix avait pourtant été remis en cause par un amendement voté en commission lors de la première lecture du projet de loi organique à l'Assemblée Nationale. C'est le Sénat, par un amendement déposé en deuxième lecture, qui a définitivement balayé cette tentative d'absorption du Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté dans cette nouvelle autorité.

¹¹⁹⁴ M-Ch. de MONTECLER, « Le Défenseur des droits pourra être saisi directement par les citoyens », *AJDA*, 2009, p. 1584 et S. LAVRIC, « Projets de loi relatifs au défenseur des droits », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2101

¹¹⁹⁵ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE (CGLPL), *Rapport d'activité 2008*, op. cit., 2009, p. 7

essence, tout peut se savoir dans une institution d'enfermement, qui a nécessairement la capacité de maîtriser tous les flux d'entrées et de sorties et qui peut aisément établir des recoupements sur les quelques fenêtres de liberté qu'elle doit laisser, sur ordre de la loi, à ses enfermés.

Le rapport de 2009 revient sur la question de l'autocensure en crainte de représailles, ainsi que sur les « obligations de compte-rendus » ou demandes de comptes opérés sur ceux qui ont parlé aux contrôleurs, dès que ces derniers ont quitté l'établissement. Demandes de compte pouvant concerner autant les « enfermés » que les agents exerçant dans les établissements qui ont eu un entretien confidentiel avec un contrôleur, et émaner aussi bien des autres « *captifs* », de l'institution ou de quelques agents zélés pour les premiers, que des pairs ou de la hiérarchie pour les seconds, une enquête menée « [...] *avec la meilleure intention du monde* [...] » (comprendre pourquoi le besoin s'est fait sentir de parler à cette autorité extérieure, ce qui dysfonctionne et dont l'administration, la hiérarchie n'aurait pas été avertie, n'aurait pas vu), ou « [...] *la pire* »¹¹⁹⁶. Il l'expose de manière expresse cette fois, en la condamnant, rappelant qu'elle est contraire à « [...] *l'esprit de la loi* [...] »¹¹⁹⁷ mais n'ayant aucune autre réponse que celle d'espérer que « [...] *les bonnes habitudes [...] se prendront* »¹¹⁹⁸. Et il relève effectivement une lacune de la loi, l'absence de protection offerte aux personnes qui se sont entretenues avec le contrôleur, pour ses contacts avec lui. Il mentionne également les lettres ouvertes, alors qu'elles étaient adressées au Contrôleur général des lieux de privation de liberté, et même l'information, donnée à lui de source sûre, que seules les lettres ouvertes qui lui étaient adressées, avaient des chances de lui arriver. Il soulève enfin l'incomplétude de la loi à cet endroit – aujourd'hui résolue, en prison, avec l'article 4 de la loi du 24 novembre 2009 inscrivant cette confidentialité du courrier adressé au Contrôleur général des lieux de privation de liberté¹¹⁹⁹ – et qui a omis de protéger également les communications téléphoniques en sa direction¹²⁰⁰.

Un léger baume sur cette plaie essentielle néanmoins, la conscience du phénomène d'autocensure des contrôleurs, qui prennent soin, dès lors, à ne pas se cantonner à s'entretenir avec les personnes qui ont demandé à leur parler, lorsqu'ils visitent un établissement, mais à s'ouvrir aussi aux silencieux, à prendre des entretiens impromptus, à écouter dans le discours de ceux qui ont sollicité un entretien les renvois à tout ce que les muets auraient voulu dire mais n'ont pas osé, ces premiers ne cachant pas que certains de leurs homologues se sont effectivement retenus de les solliciter par peur des représailles, à « [...] *étendre* [leurs conversations] [...] *à ceux qui n'ont rien demandé.* »¹²⁰¹. Essayant ainsi également de se faire une idée de cette abstention par peur des représailles lors de ses visites dans les établissements, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté les juge, malgré tout, rester relativement marginales¹²⁰². Ce sont par contre les difficultés de maîtrise de la langue française qui deviennent un obstacle important à sa saisine.

Une critique venant du côté de l'administration devrait pourtant également arrêter l'attention du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Une véritable déception vis-à-vis de cette nouvelle instance de contrôle est ressentie notamment chez les directeurs de prison, qui espéraient voir en lui un soutien pour des exigences politiques permettant un véritable saut qualitatif dans la prise en charge des détenus, comme par exemple l'instauration du *numerus clausus* dans les maisons d'arrêt. L'interpellation est intéressante à plus d'un titre : face à une administration de terrain qui souhaite réellement améliorer le service qu'elle rend, dans la dimension purement pratique des conditions de vie qu'elle gère tous les jours, s'oppose une

¹¹⁹⁶ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE(CGLPL), *Rapport d'activité 2009*, op. cit. 2010, p. 12

¹¹⁹⁷ *Idem*, p. 12

¹¹⁹⁸ *Idem*, p. 13

¹¹⁹⁹ Sachant qu'antérieurement, cette confidentialité du courrier adressé au Contrôleur général des lieux privatifs de liberté était imposée à l'administration pénitentiaire par un arrêté ministériel du 25 avril 2008, remaniant l'article A. 40 du CPP. Même antérieurement à l'adoption de la loi pénitentiaire de novembre 2009, la pratique de l'ouverture des lettres était donc illégale dans le milieu carcéral.

¹²⁰⁰ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE(CGLPL) *Rapport d'activité 2009 op. cit.* 2010, p. 13. On pense ici aux établissements pénitentiaires, où les conversations peuvent être écoutées.

¹²⁰¹ *Idem*, p. 12

¹²⁰² *Idem*, p. 21

instance beaucoup plus idéologique sur le plan institutionnel. Là pour pointer les dysfonctionnements, elle semble refuser de s'immiscer dans des questions politiques, une position qui, vue de l'extérieur paraît cohérente avec la volonté d'indépendance de cette autorité. Il n'apparaît pas du rôle strict des instances de contrôle de donner les solutions aux problèmes qu'elles pointent. Pourtant, la persistance dans une position trop étanche en ce sens risque peut-être de décrédibiliser ces autorités, et en l'occurrence le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, auprès d'acteurs de terrain découragés, cherchant un soutien dans une instance qu'ils ne perçoivent que comme une autorité les condamnant tandis qu'ils fournissent tous leurs efforts pour remplir de manière correcte et humaine leur mission, mais sont obligés de fonctionner dans des cadres inadéquats. En tout cas, elle leur laisse l'impression d'une énième instance de contrôle semblable aux autres, faisant le même travail et donc sans réelle utilité, sans apport qualitatif supplémentaire véritable par rapport à la situation antérieure à son instauration. Ce décalage de vues et le risque de retranchement dans une position de désabusement de la part des entités contrôlées ne pourra qu'obtenir des résultats délétères, à commencer par un risque de repli accéléré de l'institution contrôlée sur elle-même.

Instance trop récente pour réellement donner lieu à bilan, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté s'installe en tout cas dans sa mission et devient une autorité mieux appréhendée par le public concerné. Les écueils apparaissent à mesure que se dessine sa ligne d'action et que son fonctionnement se rode, que les acteurs se forgent leur perception de son action et de ses objectifs.

Tous ces organes de contrôles, aussi variés et nombreux qu'ils soient, signalent donc leurs limites. C'est ainsi sur la remarque exposée au sujet de la dernière, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, mais touchant en réalité tous les contrôles que l'on peut rebondir : sur les tares résistantes de ces mécanismes, notamment sur leur difficultés à empêcher le contre-contrôle par l'institution et à enrayer la capacité potentielle de cette dernière à faire pression sur ses éléments humains, personnels comme pensionnaires. Elle ouvre en effet sur une caractéristique des institutions totales toujours dénoncée à l'heure actuelle : la possibilité de neutralisation de la personne enfermée grâce au contrôle gardé sur elle.

II. DES SYSTEMES DE CONTROLE EN PARTIE NEUTRALISES PAR LEUR CONTEXTE D'EXERCICE

Cette possibilité de neutralisation s'avère un contrôle qui est permis par le mode de fonctionnement même de toute institution d'enfermement. Par principe, à partir du moment où une autorité détient un pouvoir d'enfermer, que ce dernier soit légitime ou non, une série de pouvoirs corollaires, qui sont autant de dépossession de libertés et droits pour la personne enfermée, lui adviennent automatiquement dans la pratique. Le fait que le droit entérine ou non la possession par l'institution de ces droits corollaires est un second degré, qui n'apparaît que postérieurement et de manière artificielle, une « civilisation » de l'institution totale qui la rend acceptable dans nos sociétés. En conséquence, toute opacité conservée peut permettre à l'institution de jouer encore de ces pouvoirs occultes, alors même qu'elle apparaît publiquement comme policée par le droit et *a priori* surveillée dans l'utilisation de ses pouvoirs, sélectionnés et encadrés par des textes normatifs. Alors que ce fonctionnement se vérifie dans les deux institutions (A), une réaction est tentée à cette neutralisation potentielle, basée principalement sur l'organisation de recours juridictionnels (B).

A · LES MOYENS DE NEUTRALISATION DES INDIVIDUS ENFERMES PAR L'INSTITUTION

Ces moyens de neutralisation peuvent exister tant en prison, où ils oeuvrent surtout par

l'intermédiaire de pressions exercées sur le détenu (1) que dans les hôpitaux psychiatriques, sur les personnes hospitalisées sans leur consentement (2).

§ 1. Les moyens de pression sur le détenu existants en prison

Rechercher à jouer de ses pouvoirs occultes derrière des apparences d'institution entièrement manoeuvrée par le droit, c'est bien le comportement de l'institution pénitentiaire qu'expose Martine HERZOG-EVANS lorsqu'elle explique le contrôle du comportement du détenu organisé par l'administration pénitentiaire par le jeu « [...] d'illégalismes de tous bords [...] » formant « [...] un ensemble d'une remarquable efficacité »¹²⁰³. Elle souligne et démontre longuement par la suite « [l']ampleur de la dichotomie entre l'apparence légaliste et la réalité concrète [...] »¹²⁰⁴ de la régulation de la vie pénitentiaire. Des illégalismes qui sont constitués soit par la « [...] cré[ation] de nouvelles armes en-dehors de ce que les textes ont prévu », soit par la déformation du sens de ces mêmes textes voire « [...] aller au-delà de ce qu'ils ont prévu », sachant que leurs formulations prêtent elles-mêmes à une certaine ambiguïté, ainsi largement mise à profit¹²⁰⁵. Dans tous les cas, l'institution garde des moyens de pression sur la personne afin d'obtenir d'elle le calme au sein de la détention et éventuellement, une absence de dénonciation en cas de dysfonctionnements ponctuels ou pérennes mais en contradiction avec les droits de l'Homme.

Ainsi, il est, en premier lieu, extrêmement aisé, en détention, de rendre difficilement supportable la vie quotidienne d'un détenu grâce au carcan normatif, principalement à visée sécuritaire, qui règle la vie en détention et qui laisse généralement une certaine liberté d'appréciation aux agents en charge de la surveillance. Un resserrement de la fréquence d'application de ces mesures – fouilles intégrales plusieurs fois par jour, fouilles de la cellule, etc. – peut rapidement s'assimiler à de l'acharnement, invivable, matériellement et psychologiquement, pour le détenu. A ce zèle, peuvent s'ajouter, en second lieu, une lenteur administrative organisée, délai de réponse à toute demande allongé, voire « perte » des bulletins de demande, que ce soit pour se fournir à la cantine ou pour des rendez-vous, etc.¹²⁰⁶. Sans compter, en troisième lieu, l'imprécision d'un certain nombre de règles disciplinaires définissant les fautes dans ce cadre. Des interdictions peuvent être posées, mais de manière très générale, visant par exemple l'« [...] usage abusif ou nuisible d'objets autorisés par le règlement intérieur »¹²⁰⁷ – qu'est-ce qu'un usage abusif ou nuisible, comment le définit-on ? Où place-t-on les seuils basculant l'usage dans l'infraction ? – ou encore « [...] de proférer des insultes ou menaces à l'égard d'un membre du personnel de l'établissement [...] »¹²⁰⁸ – là encore, où se situe le seuil à partir duquel la réflexion désobligeante doit être prise comme un outrage ou un irrespect passible de sanction.

De manière plus prégnante, le devoir d'obéissance au personnel, touchant « [...] tout ce qu'ils leur prescrivent pour l'exécution des règlements »¹²⁰⁹ amenant à créer une infraction du « refus[...] d'obtempérer aux injonctions des membres du personnels de l'établissement »¹²¹⁰ est une arme laissée largement à l'appréciation personnelle de l'agent qui se trouve confronté au détenu. L'agent sera d'autant plus clément sur l'appréciation que le détenu ne se sera pas fait remarquer négativement de son point de vue de personnel pénitentiaire. Il est incontestable que cette règle semble vitale pour le fonctionnement de l'institution, mais il est incontestable également qu'elle donne un pouvoir important, - car sans véritable contrôle, notamment sur le plan du constat factuel -, au personnel sur les détenus.

¹²⁰³ M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, p. 281

¹²⁰⁴ *Idem*, p. 281

¹²⁰⁵ *Idem*, p. 281

¹²⁰⁶ Cf. A ce sujet les développements de M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, pp. 450-451

¹²⁰⁷ Article D. 249-3 CPP, point 11°, et depuis le 29 décembre 2010 à l'article R. 57-7-3 CPP, point 9°

¹²⁰⁸ Article D. 249-2 CPP, point 1°, et depuis le 29 décembre 2010 à l'article R. 57-7-2 CPP, point 1°

¹²⁰⁹ Article D. 243 CPP

¹²¹⁰ Article D. 249-3 CPP, point 4°, et depuis le 29 décembre 2010 à l'article R. 57-7-3 CPP, point 3°

Le dernier moyen de pression sur les détenus, plus subtil, s'appuie sur ces premières armes disciplinaires : tel qu'amélioré pour prendre en compte l'objectif de réinsertion du condamné, le droit d'exécution des peines assied les réductions de peines, et de manière générale les mesures d'aménagement de peine, particulièrement sur le constat d'un comportement correct voire exemplaire en détention dans la mesure où la moindre incartade, le moindre signalement un tant soit peu défavorable du détenu peut entraîner pour lui le retrait de ces mesures favorables¹²¹¹ ou le rejet d'une demande à bénéficier d'un tel aménagement¹²¹². Or il s'avère que la principale source d'information sur le comportement du détenu pour le juge d'application des peines demeure l'administration pénitentiaire¹²¹³. Epée de Damoclès au-dessus de la tête du détenu, donc, que ces conséquences négatives rédhibitoires sur ces « récompenses », qui amènent le détenu souhaitant en bénéficier à ne pas se faire remarquer.

Une dernière modalité de neutralisation de la personne en prison, fortement polémique cette fois, est dénoncée : l'utilisation dévoyée et non avouée des transferts permettant d'éviter la rencontre d'un détenu sensible pour l'administration d'un établissement avec des contrôleurs ou des personnes que l'administration ne contrôlerait pas et auxquelles le détenu pourrait se confier. De toute évidence, la mesure de transfert peut rester précaire car un détenu tenant à dénoncer des faits graves semble pouvoir continuer à le faire dans un autre établissement. Il sera certes, par contre, plus compliqué de lancer une instruction, mener une enquête etc. Sans doute l'administration compte-t-elle également sur la cessation des faits en cause, alliée à la recherche de tranquillité du détenu qui ne souhaite pas se lancer dans les tracasseries d'une action en justice dès lors qu'il n'y a plus un intérêt direct présent, voire alliée à des négociations de récompenses en échange de son silence. Mais de telles accusations restent très difficiles à confirmer scientifiquement, sur des preuves irréfutables.

Dans tous les cas, les procédés de neutralisation de la personne détenue apparaissent encore très vivaces dans les lieux de détention. L'atteinte portée sur ce plan au contrôle général des lieux de privation de liberté alors que ce dernier est à peine rentré en activité est probante. Dans des cas litigieux, la moindre approche par le détenu d'une personne non-totalement maîtrisée par l'administration pénitentiaire, que ce soit une assistante sociale, un médecin, un visiteur de prison ou une autorité de contrôle peut susciter le soupçon d'avoir parlé et introduire à une vie faite de complications quotidiennes constantes pour le détenu. Moyen de le dissuader de persister dans ses dénonciations, de prévenir toute nouvelle tentative, de dissuader les codétenus d'en faire autant...voire de créer une rumeur permettant de « tenir », là encore par la dissuasion, les enfermés.

§ 2. Les moyens de neutralisation du patient sous HSC dans les services de psychiatrie

La neutralisation de la personne internée à l'hôpital gagne en facilité du fait de *a priori* porté sur le témoignage du fou par les autorités de contrôle. Un véritable malaise de la part des autorités extérieures s'instaure lorsqu'il s'agit de s'approcher de la folie et de porter un regard évaluateur sur les structures qui l'entourent. Face à l'inconnu et à l'incompréhensible, le contrôleur préfère faire confiance à la science et à la bonne foi des esprits sensés. Une forme de « bénédiction sur *a priori* », au moins de la part des autorités les moins averties, trop mal informées et non éduquées. Certes, la CDHP pourrait s'avérer plus perspicace sur ce plan mais

¹²¹¹ Articles D. 115 et suivants, notamment D. 115-7 CPP concernant le crédit de réduction de peine, un savant système jouant « de la carotte et du bâton », pour reprendre l'expression de Martine HERZOG-EVANS, pour s'assurer une conduite correcte des détenus. En effet, le crédit de réduction de peine est automatiquement calculé et donc obtenu de droit par le condamné à partir du moment où la durée de la peine définitive est connue. Toute la souplesse du système, permettant de « tenir » le détenu, est le risque de retrait de ce crédit de réduction de peine. Il en va de même pour le placement à l'extérieur, la semi-liberté ou les permissions de sortir avec l'article D. 124 CPP.

¹²¹² Cf l'analyse de Martine HERZOG-EVANS à ce sujet dans *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, pp. 357 pour les permissions de sortir et pp. 369-371 pour les placements en milieu ouvert.

¹²¹³ Cf. les démonstration de Martine HERZOG-EVANS dans *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, qui parle de « dépendance » du juge d'application des peines envers l'administration (pp. 197-202) et va même jusqu'à soutenir que le juge d'application des peines est instrumentalisé par l'administration de l'établissement pénitentiaire (cf. particulièrement pp. 348-367)

encore faut-il qu'elle se présente à l'hôpital psychiatrique ou que sa saisine soit clairement expliquée aux malades. Peut-être le contrôleur général des lieux de privation de liberté apportera-t-il une singulière évolution sur ce plan.

La deuxième modalité de neutralisation relevée passe par l'administration de médicaments. Une véritable polémique peut s'engager sur ce plan. Par nature, les traitements délivrés en psychiatrie, que ce soit les neuroleptiques ou les tranquillisants, peuvent assurer une maîtrise du psychisme de la personne. De toute évidence nécessaires pour soigner les individus amenés à l'hôpital, leur juste administration, aux doses correctes – et impasse faite de la période de recherche du bon traitement, à la bonne posologie – dépend de la déontologie du médecin, et, dans une moindre mesure, de l'infirmier qui détient les traitements et les administre quotidiennement. Sans compter que ce dernier jouit généralement – et c'est heureux eu égard aux conditions de travail actuelles – d'une certaine autonomie quant à l'administration, en urgence, de certaines substances, éventuellement entérinée, ensuite, par ordonnance médicale, si la mesure à prendre ne figurait pas sur l'ordonnance préalablement établie, pour chaque patient, par le médecin référent, dans l'éventualité d'une telle situation. On se retrouve donc, comme en prison, face à la potentialité d'une forte prise de pouvoir détenu par les soignants sur les patients. Dès lors, comment ne pas imaginer qu'effectivement, en cas de faits dérangeants et de rencontre d'avocats ou d'autorités de contrôle, des soignants moins intègres que les autres prennent la précaution d'empêcher un véritable dialogue, sensé et constructif, entre le patient et la personne extérieure, par une administration de médicaments dûment choisis, préalable à la visite¹²¹⁴. Il ne s'agit pas là d'avancer ces faits comme une pratique courante mais bien davantage de souligner que, même si elle ne le met pas en oeuvre, l'institution psychiatrique est encore potentiellement complètement maîtresse de ses patients et que cette emprise est doublée d'une opacité découlant, cette fois, de la légèreté des contrôles effectués.

Mais la meilleure neutralisation de la personne internée reste sans doute la neutralisation de son droit de recours. Il ne s'agit pourtant pas forcément d'une neutralisation volontaire ni, surtout, en vue d'empêcher la personne de se plaindre efficacement voire de se pourvoir en justice mais d'une neutralisation, dans bien des cas, de fait. Il n'en reste pas moins qu'elle installe la personne enfermée sous la dépendance et le pouvoir potentiellement abusif du personnel soignant. Cet état de fait, lorsqu'il existe, commence par une absence d'information de la personne au sujet de ses droits à voir un avocat, un droit pourtant inscrit aujourd'hui parmi les droits inaliénables de la personne hospitalisée sous contrainte. A cette étape, la contrevenue aux impératifs légaux est en partie justifiée par des raisons médicales : de toute évidence, le patient n'est pas toujours en état de se faire remettre le livret d'accueil de l'établissement et le règlement intérieur de l'unité ni de se faire expliquer ses droits à son arrivée à l'hôpital. Si il est dès lors logiquement toléré que cette information soit différée, la formulation de la loi impose cependant qu'elle soit effectuée dès que l'état du patient le permet¹²¹⁵. Or une telle démarche, dès lors qu'elle ne se fait plus de manière automatique à un moment précis du processus d'admission, peut se perdre parmi les actes quotidiens à effectuer au sein du service. Le patient n'est alors jamais informé comme il se doit, avec des explications accessibles à son état mental et en rapport avec son éventuel niveau culturel, à moins qu'il ne les réclame lui-même¹²¹⁶.

Face à ces schémas, réminiscences volontaires ou non du fonctionnement institutionnel total et totalitaire, oubliant l'individu ou renversant l'échelle des priorités pour placer le fonctionnement institutionnel avant l'intérêt de la personne, seules des réponses d'essence juridictionnelle ont été proposées.

¹²¹⁴ cf. à ce propos Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe », 2002, pp. 175-176

¹²¹⁵ L'article L. 3211-3 CSP pose en effet dans son deuxième alinéa que la personne hospitalisée sous contrainte « [...] doit être informée dès l'admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits. », n'évoquant pas, elle-même, une quelconque tolérance.

¹²¹⁶ Cf. pour exemple du CHS de Bassens, dans CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE (CGLPL), *Rapport d'activité 2008, op. cit.*, 2009, p. 134

B · LA MISE EN ECHEC DE CES NEUTRALISATIONS : **UNE TENTATIVE AU RESULTAT DECEVANT**

Les tentatives de solutions, imparfaites, passent par les recours juridictionnels, en réalité pour apporter réparation plutôt que pour solutionner un problème passé : aux recours internes (1) s'ajoutent, ultime moyen, ceux devant la Cour EDH (2). Relevons néanmoins que, si dans l'immédiat et subjectivement, il ne va s'agir que de réparer une atteinte non effaçable aux droits d'une personne, ce type de recours peut servir à construire le droit, faisant ressortir de manière plus vive les problèmes posés, sans compter le caractère incitatif à se corriger que porte une condamnation risquant de se renouveler si la situation effective ou l'état du droit n'est pas modifié.

§ 1. les recours juridictionnels internes

Au-delà des contrôles opérés par les autorités précédemment énumérées, tout patient hospitalisé sous contrainte dispose d'un droit de recours auprès des juridictions administratives concernant des dysfonctionnements du service, notamment des allégations de mauvais traitements, d'abus commis par les équipes soignantes ou des conditions de vie au sein du service jugées attentatoires à la dignité du patient ou à ses droits fondamentaux¹²¹⁷. Sans compter la possibilité théorique de référé-liberté dans le cas où le patient considérerait l'atteinte portée à ses droits intolérable et devant faire l'objet d'une cessation immédiate. Or, l'information à propos de ce recours un peu particulier, paraît moins accessible que celle sur les recours judiciaires dans le cadre de la contestation de l'hospitalisation¹²¹⁸.

Il en va de même pour la population pénale : les possibilités de recours juridictionnels se sont ouvertes de manière symptomatique durant les dernières décennies, et le basculement de nombre de décisions administratives réglementaires ou individuelles de la catégorie des mesures

¹²¹⁷ La question du juge compétent lorsque l'HSC s'effectue dans un établissement de santé privé reste obscurcie par la décision du Tribunal des Conflits du 6 novembre 1978 « *Sieur BERNARDI c/ Association hospitalière Sainte-Marie* » qui déclare le juge judiciaire compétent pour régler un litige mettant en cause la responsabilité de l'association dans le cadre d'un soin effectué sur le Sieur BERNARDI durant son séjour en service de psychiatrie dans cette clinique privée liée au département des Alpes Maritimes par une convention, passée en application de l'ancien article L. 326-2 CSP, la chargeant de la mission de service public de prise en charge des malades mentaux du département. Le tribunal estime en effet que cette mission de service public « [...] ne confie aucune prérogative de puissance publique [...] » à ladite association et qu'en conséquence, c'est le juge judiciaire qui est compétent pour régler le litige. Faisant nôtre l'analyse portée par Franck MODERNE sur cet arrêt, il nous semble en réalité que cela ne peut s'expliquer que parce que dans certains cas, « [...] le fonctionnement du service (qui est toujours placé sous le contrôle de l'administration) n'implique que des prestations et peut éviter tout recours à la contrainte », (F. MODERNE, note sous l'arrêt « *Sieur BERNARDI* », req. n°2.087, RTDSS, 1979, p. 96) entendre, à notre sens, des services se cantonnant à accueillir des personnes hospitalisées avec leur consentement. Ce qui amène alors à s'interroger sur la répartition des compétences juridictionnelles dès lors que l'établissement privé est habilité à accueillir des HSC. Deux solutions peuvent s'offrir : soit, -la plus simple-, on considère qu'à partir du moment où la personne est prise en charge, elle l'est de manière contrainte, et tous les actes ou événements contre lesquelles elle pourra se plaindre, y compris au niveau de dysfonctionnements purement logistiques comme de l'hôtellerie ou de la restauration, devront faire l'objet de recours devant le juge administratif, soit, -la plus complexe-, il faut prendre acte du caractère ponctuel de l'exercice des prérogatives de puissance publique, qui ne trouvent leur expression que dans les actes et décisions de contrainte, -au-delà, bien entendu, de la décision de placement initiale-, et ventiler le contentieux entre les juges administratif et judiciaire selon que la plainte porte sur un acte pouvant être directement imputé à l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou non, ce qui appliquerait, finalement, la jurisprudence « *BERNARDI* » aux HSC (cf. pour une jurisprudence dans le même sens, CE, 13/10/1978, « *ADASEAR du Rhône* » avec l'éclairante explication d'O. DUTHEILLET de LAMOTHE et Y. ROBINEAU, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 20 janvier 1979, pp. 22-26, se rapportant aux conclusions du Commissaire du Gouvernement pour l'arrêt « *ADASEAR* », Monsieur GALABERT). Une étude plus approfondie des décisions concernant la mise en cause des établissements privés de santé et chargés, par convention, de la mission de service public qu'est le traitement des personnes atteintes de troubles mentaux d'un département permettrait peut-être de lever l'obscurité sur cette situation.

¹²¹⁸ Dans les établissements sur lesquels nous avons pu avoir des informations (Saint-Jacques à Nantes et CHS de Bassens), l'information se fait par le biais d'une lettre envoyée par la direction de l'établissement, dans le cas de Bassens uniquement s'il y a eu plainte auprès de cette direction par le patient (CGLPL, *Rapport d'activité 2008*, *op. cit.*, 2009, p. 137)

d'ordre intérieur à celle des actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir continue à s'opérer. Comme pour les patients hospitalisés, la saisine du juge administratif en référé est, en théorie, également un moyen de protéger leurs droits fondamentaux accessible aux prisonniers. Cependant, ce type de procédure demande une connaissance minimale de l'éventail des recours devant le juge administratif. Par ailleurs, si l'avantage du référé est d'obtenir une réponse dans les quarante-huit heures, les recours devant le juge administratif – conditionnés par un recours administratif préalable non suspensif dans le cas des détenus – sont, pour leur part, suffisamment longs pour perdre généralement toute efficacité, la mesure litigieuse ayant cessé son effet avant que la décision juridictionnelle ne soit rendue. D'ailleurs, la prise de conscience de cette situation a vraisemblablement, un effet dissuasif sur le nombre de recours formés par les personnes enfermées¹²¹⁹.

§ 2. Les recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme

L'apparition d'une nouvelle instance, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, à l'impact effectif de plus en plus marqué sur les politiques juridictionnelles françaises et le respect des droits des personnes, s'ajoute au nombre des garanties offertes aux personnes enfermées. Mais là encore, les conditions de recevabilité s'avèrent extrêmement discriminatoires tant elles peuvent se révéler d'un maniement subtil, surtout pour un non-juriste. Et par la suite, la jurisprudence de la Cour se révèle, à l'étude, moins protectrice des droits des personnes enfermées, en tout cas en hôpital psychiatrique, que ne pourrait le faire penser sa réputation de défenseur invétéré des droits de l'homme opposé à tout volontarisme à tendances absolutistes des Etats : en réalité, la marge d'appréciation laissée aux instances nationales dans ce cadre permet de valider nombre de situations et d'attitudes des gouvernements envers ces personnes enfermées.

Dans tous les cas, demander à des malades souvent issus de milieux sociaux moins favorisés donc à la culture juridique vraisemblablement faible¹²²⁰, des personnes indéniablement amoindries par la maladie et les médicaments, une telle présence d'esprit et connaissance des arcanes juridiques et procéduraux peut laisser sceptique. Seul un avocat serait vraisemblablement à même de conseiller en ce sens le malade. Encore faut-il que l'accès à ce praticien du droit reste relativement facile, ce qui, on l'a signalé pour les patients hospitalisés sous contrainte au moins, n'est pas toujours le cas.

L'opacité consubstantielle à l'institution totale tente donc d'être éradiquée par le biais de cette grande multiplicité de contrôles. De toute évidence et inévitablement, ces derniers demeurent lacunaires et surtout incapables d'éradiquer toute emprise institutionnelle sur l'individu. Dès lors, il ne faut pas penser la capacité de lever l'opacité et de lutter contre cette dernière uniquement par leur intermédiaire. La réalité appelle à tenir compte également du contrôle passif opéré par l'ouverture de ces institutions sur le monde extérieur et au monde extérieur que l'on a exposée au chapitre précédent¹²²¹ ainsi que de la capacité d'autorégulation de l'institution. Cela doit particulièrement être souligné pour la prison : l'administration ne gère pas des masses inertes, elle est face à des populations de plus en plus informées, de plus en plus conscientes de leurs droits, capables de réagir face à l'injustice, situation face à laquelle un potentiel de révolte demeure toujours larvé au tréfonds de l'être humain, aussi frustré qu'il soit. Les abus les plus flagrants restent donc impossibles à cacher, bien souvent aussi insupportables pour une part du personnel et des personnes externes à l'institution et y pénétrant quotidiennement que pour les détenus. Il ne s'agit donc pas de nier la capacité de neutralisation institutionnelle précédemment exposée ni de nier que des incidents et de graves atteintes aux personnes enfermées se produisent, ni encore de contester l'utilité des contrôles existants et l'intérêt que gagnerait le fonctionnement de chacune des institutions étudiées dans leur amélioration, mais de pointer la diversité des solutions permettant de résorber au maximum ces

¹²¹⁹ Cf. droit au juge et les développements se rapportant à ces contrôles pp. 328 et s. (détenus)

¹²²⁰ Remarque valable autant pour les patients sous contrainte hospitalisés en psychiatrie, notamment dans le secteur public, que pour les personnes détenues.

¹²²¹ Cf. aussi note p. 251

problèmes de fonctionnement et la relativisation de l'opacité actuelle de ces institutions. C'est par contre sur un autre plan juridique qu'il faut s'attarder, point crucial du schéma institutionnel total à remettre en cause : l'absolutisme des pouvoirs administratif et médical sur ces deux institutions.

SECTION II : LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE, HERITAGE JURIDICISE DE L'OMNIPOTENCE DECISIONNELLE

Le pouvoir discrétionnaire, - dont l'exercice, signifiant opacité voire arbitraire de la décision au sein du modèle totalitaire, demeure un des critères de définition de l'institution totale et totalitaire -, repose sur trois piliers, renvoyant aux trois pouvoirs caractéristiques de la détention de la toute puissance, en l'occurrence sur une institution : le pouvoir exécutif, celui de rendre justice (I) et celui législatif (II). Le changement de paradigme vécu par les deux institutions étudiées s'affiche dans une empreinte moins prégnante du caractère discrétionnaire de l'exercice de ces pouvoirs par un détenteur univoque. Ce caractère n'en reste pas moins existant dans cette dimension particulière qui confine au pouvoir arbitraire, mais dans une mesure moindre par rapport à la période antérieure, empêchant de maintenir la qualification de « totalitaire » à l'une et l'autre des deux institutions.

I. L'EXERCICE EFFECTIF DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE : UN POUVOIR MAQUILLE ET RESTREINT

Le pouvoir discrétionnaire demeure une notion vivante au sein des institutions psychiatrique et pénitentiaire, quel que soit son amenuisement certain accompagnant le changement de paradigme et la dégénérescence du modèle de l'institution totale (A).

Sa manifestation considérée traditionnellement comme la plus exemplaire demeure le pouvoir disciplinaire. En réalité, si ce dernier est toujours effectif dans les deux institutions, l'une a tendance sinon à le renier partiellement, en tout cas à le maquiller en attitude thérapeutique tandis que l'autre le voit rigoureusement encadré afin d'en évacuer les excès d'arbitraire (B).

A · LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS LES DEUX INSTITUTIONS

Le pouvoir discrétionnaire¹²²² se retrouve, au niveau du pouvoir exécutif institutionnel

¹²²² Pouvoir se définissant par opposition au pouvoir lié ou compétence liée de l'administration comme une plus grande liberté d'apprécier l'opportunité de la mesure à prendre et la détermination de son contenu. Le pouvoir discrétionnaire se différencie du pouvoir arbitraire dans la mesure où, pour reprendre René CHAPUS, « [...] le pouvoir discrétionnaire [...] n'est rien d'autre que le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne peut jamais faire que ce que le droit lui permet de faire » (Les termes soulignés le sont par l'auteur lui-même. Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*. Tome 1, Paris; Montchrestien/EJA, coll. « Domat. Droit public », 15e éd., 2001, p. 1056, n°1248) (La présente définition a été établie à partir du manuel du Professeur CHAPUS sus-mentionné ainsi que du *Lexique des termes juridiques 2010*, de R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dir.), Paris, Dalloz, 17e éd., 2009, p. 550 et du

dans les deux institutions, psychiatrique comme pénitentiaire. Mais alors que le monde carcéral continue à l'assumer en tant que tel et à arguer de sa nécessité, même dans une dimension plus restreinte par rapport au temps du paradigme totalitaire, mieux cadrée pour éviter toute dérive vers l'autoritarisme abusif et absolu (2), le monde psychiatrique s'enfonce dans son masquage du phénomène derrière la décision médicale. Une retraduction médicale d'une réalité juridique pas forcément ancrée dans la volonté de maquillage d'un pouvoir, contesté car résonnant souvent comme arbitraire, mais plutôt dans une évolution institutionnelle issue des nécessités propres à la mission de la profession. Néanmoins, une réalité qui doit dès lors retrouver sa lecture juridique pour ne pas s'affranchir trop aisément des exigences d'encadrement adéquates au pouvoir fort larvé de ce type de décisions (1).

§ 1. Le pouvoir médical au sein de l'institution psychiatrique

Le médecin psychiatre – et, dans un autre ordre, le psychiatre chef de service¹²²³ – reste une autorité dotée de pouvoirs importants par rapport aux patients hospitalisés sous contrainte, au point de rappeler, à première vue, le personnage médical du XIX^e siècle. C'est le médecin qui octroie sorties d'essai et assouplissements des conditions de vie (droit de téléphoner, de recevoir des visites etc.), c'est lui qui ordonne les soins, choisissant en conscience des traitements chimiothérapiques parfois lourds d'effets secondaires et dénoncés, pour certains, comme « abrutissant » le malade, de faire appel à la sismothérapie – la formule humanisée des électrochocs – ou encore de placer le patient en cellule d'isolement ou sous contention. Il est plénipotentiaire sur le plan médical et sur celui des conditions de vie au quotidien car dépositaire de la science, si l'on en croit le principe d'exclusivité à établir des ordonnances, qui est le sien.

La réalité n'est cependant plus aussi simple que ne le laissent croire ces apparences. Si, jusque dans les années 1960, elle a pu prendre cet aspect, une révolution s'est opérée dans la relation médecin-patient qui a déteint également dans les hôpitaux psychiatriques. Sans doute cette banalisation est-elle le résultat du changement de regard porté sur les fous par la société à la même époque. Une double révolution, donc, qui permet d'opposer au paternalisme médical la volonté et la subjectivité de l'individu malade. L'idée est que l'individu est le mieux placé pour savoir ce qu'il considère comme bon pour lui. C'est lui qui organise sa vie et la gère, aidé, désormais, par son médecin. Autonomie de la volonté qui abandonne le concept de Vérité univoque, détenue par le seul médecin. Face aux avancées de la science, chaque décision comporte des conséquences collatérales pour lesquelles plusieurs positions éthiques existent et qu'il semble difficile de trancher objectivement et indépendamment de la personne concernée tant elles sont liées aux croyances, convictions, définitions de la vie que chacun se fait et qui est irremplaçable. Il s'agit donc de donner une place inconnue jusqu'alors en droit français¹²²⁴ au consentement aux soins du patient, un consentement qui, dès lors, pour être valable, doit être éclairé et pris en toute conscience. Bien entendu, la démarche s'est étendue dans le temps – une

Dictionnaire de droit administratif d'A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, Paris, Dalloz-Sirey, coll. « Licence-IEP-concours administratifs », 5e éd., 2008, pp. 296-297)

¹²²³ Aujourd'hui, et de manière généralisée depuis l'entrée en vigueur de la loi « HPST » du 21 juillet 2009, on parle de « *chefs de pôles* » dans les hôpitaux, l'organisation en services étant remplacée par une organisation en pôles d'activité (cf. sur le sujet, M. DUPONT, « La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation ? », *RDSS*, 2009, pp. 802-804) segmentés eux-mêmes en « *structures internes* » (qui reprendront éventuellement les anciens services). Nous maintiendrons dans la thèse présente le terme de « chef de service » qui conserve pour sa part un sens générique en droit administratif, cette utilisation ne nuisant pas à la précision du propos dans la mesure où, en réalité, cette modification est surtout un problème d'échelle organisationnelle et gestionnaire sans véritable impact dans nos analyses, qui restent de l'ordre de la théorie administrative sur ce plan. Sans compter que, de l'aveu d'un directeur d'hôpital, les décrets d'application de la loi étant à peine sortis, les rôles véritables et la répartition fine des pouvoirs dans le cadre de la gestion de proximité entre direction administrative et chefs de pôles au niveau de ces pôles est en cours de discussion-négociation.

¹²²⁴ Contrairement à la place cruciale donnée au consentement dans le droit anglo-saxon, qui trouve son origine dans l'individualisme séculaire reconnu dans ce droit coutumier. Pour un approfondissement de la question, cf. S. RAMEIX, « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ramonville Saint-Agne, Eres, coll. « Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe », 1998, pp. 68-71

véritable consécration de ces principes ne les ayant inscrits qu'en 2002 dans le Code de la santé publique¹²²⁵ – et demeure bridée : les valeurs reconnues comme universelles de protection de la vie, notamment, et plus largement « *une éthique républicaine rationaliste laïque* »¹²²⁶ placée au fondement des valeurs défendues en France comme au cœur de la société, empêchent d'ériger un pouvoir absolu en faveur de la volonté de la personne, y compris sur sa propre existence. On serait donc aujourd'hui dans un « *paternalisme tempéré* »¹²²⁷, la troisième voie, selon Suzanne RAMEIX¹²²⁸, permettant de concilier une autonomisation de la personne dans son rapport aux soins et à sa santé et un paternalisme médical restant attaché au principe de bienfaisance qui garde valeur de loi dans le monde médical (a). Une forme de paternalisme qui ne renie pas ses origines, le médecin psychiatre conservant encore envers ses patients hospitalisés sous contrainte des potentialités de pouvoirs importantes (b).

◇ a) ***La prise en compte du consentement du patient : le signe du changement de paradigme institutionnel***

L'obligation de consentement du patient préalablement à tout acte médical est un droit fondamental pour l'individu dans le droit de la santé actuel, un droit ayant connu une évolution lente qui a participé au premier chef dans la révolution vécue par le rapport médecin-patient (1). Or ce droit au consentement se retrouve au cœur de la problématique du soin des personnes hospitalisées sous contrainte en psychiatrie, souvent opposées, dans un premier temps, à tout traitement. Il s'agit alors d'accommoder le droit commun aux spécificités de la discipline, touchant à des maladies du psychisme précisément, sans bafouer les droits de ces personnes dont la lucidité n'est pas forcément atteinte (2).

■ 1. Le droit au consentement aux soins du patient : un consentement « libre et éclairé »

En quoi consiste donc ce consentement si ardemment recherché ? Défini par Le Petit Robert comme un « *acquiescement donné à un projet* » ou la « *décision de ne pas s'y opposer* »¹²²⁹, il s'agit, en droit médical, de faire pleinement et réellement participer le patient aux décisions concernant sa santé, sa personne, son corps, son esprit. L'acception aujourd'hui adoptée de ce terme en médecine¹²³⁰ développe donc largement la formulation de son inclusion originelle dans le Code civil en matière de corps humain. C'est, en effet, la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, modifiée par celle du 27 juillet 1999¹²³¹, qui introduit la nécessité de consentement préalable du patient dans la rédaction de l'article 16-3 du Code civil. L'idée de consentement dans la relation médecin-patient est cependant antérieure à cette introduction explicite dans le Code civil : elle remonte à la reconnaissance de la nature contractuelle de cette relation, affirmée pour la première fois par la Cour de cassation dans le célèbre arrêt « *MERCIER* » du 20 mai 1936, puis à l'affirmation expresse, par la même juridiction en 1942¹²³² que cette nature contractuelle emporte obligation de recueil préalable du consentement du patient avant toute

¹²²⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé »

¹²²⁶ Expression attribuée à Luc FERRY extraite de *L'homme-Dieu ou le sens de la vie*, Paris, Grasset, 1996 et reprise par Suzanne RAMEIX dans « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie*, op. cit., 1998, p. 74

¹²²⁷ Expression empruntée à Anne FAGOT-LARGEAULT (extraite de COLLECTIF [sic] « Table ronde consacrée aux problèmes moraux, religieux, juridiques posés par la décision d'abstention ou d'arrêt thérapeutique en réanimation », *Annales médicales*, Nancy, 1992, XXXI b4, pp. 359-360) par Suzanne RAMEIX dans « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie*, op. cit., 1998, p. 65

¹²²⁸ *Idem*, p. 65 puis pp. 72-75

¹²²⁹ A. REY et J. REY-DEBOVE (dir.), *Le Petit Robert 1 : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1983, p. 371

¹²³⁰ Issu du nouvel article 1111-4 CSP dû à la loi du 4 mars 2002

¹²³¹ Article 70 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 remplaçant l'expression « *nécessité thérapeutique* » par celle plus large de « *nécessité médicale* ».

¹²³² Arrêt Cass, req., 28/1/1942, « *TEYSSIER* », *Recueil Dalloz*, 1942, jurisprudence, p. 63. Cf. par la suite TA Besançon, 6/6/1986, « *Centre Hospitalier de Belfort* » (cité par J-M. CLEMENT, *Droit des malades et bioéthique*, Paris, Berger-Levrault, coll. « B.-L.Santé », 1996, p. 56) puis CE, 29/1/1988, « *Dame LABIDI* », *Gazette du palais*, 1988, 1, somm. p. 226 pour le cadre public

intervention. Entre temps, le Code de Nuremberg, établi en 1947, avait également imprimé son empreinte dans les droits nationaux dans les pays européens traumatisés par les exactions nazies, notamment en matière d'expériences biomédicales. Le principe du consentement du patient ne s'en est trouvé qu'affermi. L'exigence d'un consentement « libre et éclairé » suit par un nouvel arrêt de la Cour de cassation de novembre 1955¹²³³ et est inscrite, en parallèle à l'article 29 du décret du 28 novembre 1955 portant la seconde rédaction du Code de déontologie médicale¹²³⁴. Depuis, tous les textes internationaux ou nationaux traitant de sujets médicaux impliquant le patient rappellent ce principe du consentement libre, éclairé, préalable de l'intéressé¹²³⁵. Mais en droit interne, la pleine consécration du principe n'apparaît que dans la rédaction de 1995 du Code de déontologie médicale, en son nouvel article 36¹²³⁶. Par la suite, la loi du 4 mars 2002 insère expressément, dans la partie législative du Code de la santé publique ce principe de l'obligation de consentement préalable, et révocable à tout moment¹²³⁷, du patient à tout acte médical ou administration de traitement lui donnant cette dimension supplémentaire de véritable co-décision du médecin et du patient¹²³⁸.

L'obligation du caractère exprès du consentement découle implicitement de la charge de la preuve, qui incombe, depuis deux arrêts de 1997 pour l'exercice libéral et de 2000 pour la médecine hospitalière, au médecin¹²³⁹, et qui est légalisée, depuis la loi du 4 mars 2002, à l'alinéa 7 de l'article L. 1111-2 CSP : à lui de prouver qu'il a dûment et correctement informé son patient et donc recueilli un consentement valable, la preuve pouvant être apportée par tout moyen. Une obligation davantage contestée dans le monde médical car risquant de déshumaniser la relation entre le médecin et son patient, le premier risquant de se désengager de la prise en charge réellement empathique du second en n'organisant plus cette relation fondamentale qu'au travers de documents généraux écrits, à parapher par le patient. Le Conseil National de l'Ordre des Médecins souligne bien, en rappel, que la banalisation de cette pratique protectrice pour le médecin ne doit pas se faire au détriment du patient et ne pas exonérer le praticien de l'entretien verbal, doté des qualités similaires à celles jusque là imposées à cette discussion¹²⁴⁰. D'ailleurs,

¹²³³ Arrêt cass., civ.1ère, 8/11/1955, « Docteur X c/ Delle BEYNEL », JCP, 1955, n°9014, note R. SAVATIER. On peut d'ailleurs noter que cet arrêt concerne des électrochocs administrés à une patiente sans l'avoir avertie des risques de fractures encourus lors de l'administration de ce traitement et donc sans avoir recueilli son consentement libre et éclairé (ou celui de sa mère, qui l'accompagnait, à défaut du sien, le cas échéant).

¹²³⁴ Décret n° 55-1591 du 28 novembre 1955 « portant code de déontologie médicale et remplaçant le règlement d'administration publique n°47-1169 en date du 27 juin 1947 »

¹²³⁵ On songe tout particulièrement ici, outre la *Convention Européenne sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* dite *Convention d'Oviedo* du 4 avril 1997 en son article 5, à la *Charte du Patient Hospitalisé* annexée à la circulaire DGS/DH/95 n° 22 du 6 mai 1995.

¹²³⁶ Selon le Professeur Guy NICOLAS, la rédaction de 1995 est en effet la première à donner un rôle pivot au consentement du patient au sein de la relation avec son médecin dans son article 36 (R. 4127-36 CSP) (cf. G. NICOLAS, « Le nouveau code de déontologie », *Actualité et dossier en santé publique*, n° 13, décembre 1995, p. 5). Bernard HOERNI et Robert SAURY le confirment, précisant le caractère sommaire des références au consentement éclairé présentes dans la rédaction précédente, de 1979, de ce code. Seul l'article 7 évoquait « [l]a volonté du malade [...] » à « [...] respecter dans toute la mesure du possible » (B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Paris, Masson, coll. « Abrégés », 1998, p. 48).

¹²³⁷ Cet aspect du consentement s'est longtemps appuyé, en droit interne, sur une interprétation *a contrario* de l'article 16-3 du Code civil, avant d'être explicitement inscrit à l'alinéa 3 de l'article 1111-4 CSP (cf. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, pp. 348-349)

¹²³⁸ Article 1111-4 CSP

¹²³⁹ Cf. l'arrêt « Jean-Pierre HEDREUL c/ Paul C. et autres », rendu le 25 février 1997 par la Première chambre civile de la Cour de Cassation (Bull. n° 75). Il a été l'objet d'un certain émoi dans le monde médical étant donné ses importantes conséquences. La Cour y opère en effet un renversement de la charge de la preuve en matière d'obligation d'information du patient, cette dernière incombant, selon la Haute juridiction, au médecin défendeur. Par cette solution, la Cour de cassation balaye le caractère tacite du consentement, qui devra désormais être expressément formulé par le patient, afin que le médecin puisse par la suite arguer du document ainsi obtenu en cas d'action en justice pour défaut de consentement éclairé. Une solution similaire a été adoptée dans le cadre hospitalier par un arrêt « Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ GUILBOT » du Conseil d'Etat du 5 janvier 2000 (requête n° 198530) : « Considérant qu'en se fondant, pour estimer que les praticiens avaient omis de fournir cette information, sur le fait que l'Assistance Publique-Hôpitaux de Paris n'établissait pas que l'intéressé avait été informé des risques de l'intervention, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit et a souverainement apprécié les faits de l'espèce ; [...] » [arrêt en ligne sur le site du Conseil d'Etat]

¹²⁴⁰ Cet entretien individuel est d'ailleurs exigé par l'alinéa 3 de l'article 1111-2 CSP.

Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU soulignent pour leur part que cette pratique de remise de documents écrits et paraphe « [...] ne saurait constituer une présomption irréfragable de la prise de connaissance et de la compréhension des conséquences de l'acte médical envisagé.[...] » et assurent qu'« [e]n cas de contestation, le juge ne se limitera pas à cette seule preuve écrite, mais appréciera l'ensemble des éléments du dossier et particulièrement la qualité de l'information donnée et de la relation établie. »¹²⁴¹. Par contre, la formalisation écrite du refus de soins est pour sa part reconnue comme une nécessité depuis 1961¹²⁴².

On en reste dans tous les cas nécessairement à une relation asymétrique, où le patient accepte, et non propose, un projet de soin qui lui est soumis par l'homme – ou la femme – de l'art. Un patient *a priori* souffrant, en tout cas ne répondant plus aux critères de la bonne santé, acteur passif sur lequel vont être effectués les actes consentis ou vont agir les substances absorbées. Des actes ou des substances administrés par ledit médecin, agent actif de la relation. Ceci dit, cette relation, creuset idéal de la prise de pouvoir longtemps opérée par le médecin sur ses patients au motif que seul l'homme de l'art détenait la science, tente bien de se rééquilibrer à la lumière de la prise en compte de l'avis du patient. Un événement important, selon Bernard HOERNI et Robert SAURY, « [...] la reconnaissance de ce droit [de consentir à des soins ou de les refuser] [...] estomp[ant] l'image du patient infantilisé qui n'a qu'à obéir et à subir, le rétabl[issant] dans sa dignité et contribu[ant] à une relation interpersonnelle renouée, infiniment plus satisfaisante pour les deux partenaires », et ce alors même que les deux auteurs considèrent l'avènement de ce droit comme « [...] ne change[ant] en général pas grand chose à la qualité [du] traitement. »¹²⁴³.

Mais pour ce faire, encore faut-il que cette position du patient – consentement ou refus du soin proposé – soit donnée en connaissance de cause, que cette science que le malade n'a pas, le médecin la lui transmette, de manière claire et efficace, afin d'éclairer son jugement. Dès 1961, la Cour de cassation a reconnu l'existence, pour le médecin, d'une obligation d'information, cette dernière se devant d'être « simple, approximative¹²⁴⁴, intelligible et loyale »¹²⁴⁵, et de lui permettre de choisir, de manière avertie, entre l'acceptation ou le refus de soin. En conséquence, il s'agit, pour le médecin, de prendre le temps d'expliquer à son patient les tenants et les

¹²⁴¹ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé, op. cit.*, 2007, p. 341. Ils renvoient, pour conforter leur analyse, aux propos tenus par le procureur général Jean-François BURGELIN dans le Rapport annuel de la Cour de cassation de 1999 (J.-F. BURGELIN, « L'obligation d'informer expliquée au médecin », *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, Paris, La Documentation française, p. 78) et au guide méthodologique relatif à l'élaboration d'un document écrit d'information à l'intention des patients et usagers du système de santé établi par la Haute Autorité de Santé (HAS) en 2005[en ligne] (ce document a été actualisé en juin 2008 mais sans changement pour le propos présent). Disponible sur le site de l'HAS

¹²⁴² Cass. Civ. 1ère, 7/11/1961, « ETELIN », *Bull.*, 1961, n° 508. Bernard HOERNI et Robert SAURY conseillent également que cet écrit soit « [...] *motivé daté et signé* [...] » et rappellent qu'il ne suffit pas que la personne atteste de sa volonté de refuser les soins ; elle doit également y affirmer que c'est alors qu'elle a été dûment et clairement informée de tous les risques encourus par son refus, qu'elle persiste dans son refus. (HOERNI (B.) et SAURY (R.), *Le consentement, op. cit.*, 1998, p. 128. C'est nous qui soulignons). D'autres auteurs engagent à ce que cet écrit soit établi en présence de tiers témoins, de préférence extérieurs au service hospitalier le cas échéant (D. MALICIER et al., *La responsabilité médicale. Données actuelles*, Paris/Lyon, éd. ESKA/éd. Lacassagne, 2e éd., 1999, p. 62). Marc DUPONT, Claudine BERGOIGNAN-ESPER et Christian PAIRE, se calant sur l'alinéa 2 de l'article L. 1111-4 CSP indiquent même la pratique de la réitération du refus après un délai de réflexion « raisonnable » et rappellent l'obligation posée au médecin, dans le cas où ce refus met en jeu la vie de la personne, « [...] de tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter le traitement [...] » tout en préservant son autonomie de décision et sans passer outre son refus (« [l]e médecin doit respecter la volonté de la personne [...] »). Comme le propose ce même alinéa de l'article L. 1111-4 CSP, il peut notamment être fait appel à des confrères pour tenter de rallier le patient à l'acceptation du traitement. (M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 656)

¹²⁴³ B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement, op. cit.*, 1998, p. 29

¹²⁴⁴ « Approximative » devant être compris ici comme l'antonyme d'« exhaustif ». Il s'agit pour le médecin de délivrer une information juste mais sans rentrer dans des détails inutiles ou s'exprimer en termes hyper-spécialisés, incompréhensibles pour un profane. Cf. sur ce sujet F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, Paris, L'Harmattan, coll. « Santé, sociétés et cultures », 2007, p. 30

¹²⁴⁵ Arrêt Cass. Civ. 1ère, 21/2/1961, *Recueil Dalloz*, 1961, p. 534

aboutissants de sa maladie, les moyens de la soigner ou de la minorer, les avantages et les inconvénients de la solution proposée, notamment ses risques et ses effets secondaires, de lui exposer également les alternatives possibles à cette solution, en lui faisant, là encore, ressortir les qualités et les défauts de ces autres solutions et enfin, les conséquences prévisibles en cas de refus de tout soin¹²⁴⁶. C'est en outre, au médecin de s'assurer de la bonne compréhension de ses explications par le patient. Quant à cette information, elle doit être préalable à l'acte médical ou chirurgical ou encore à l'administration de substances¹²⁴⁷, perdurer tout le temps de la maladie¹²⁴⁸, voire au-delà en cas de découverte de risques nouveaux à propos du traitement ou de l'acte effectué sur le patient¹²⁴⁹. Une obligation d'information qui a évolué dans la précision de son contenu¹²⁵⁰ mais qui, sur le principe, était implicitement contenue dans celle plus anciennement explicitée d'obligation d'obtenir son consentement de la part du patient préalablement à l'administration du traitement ou l'intervention sur sa personne¹²⁵¹. Des obligations aujourd'hui expressément indiquées dans le Code de déontologie médicale, en 1995¹²⁵², dans le troisième paragraphe de la Charte du patient hospitalisé ainsi que dans la loi du 4 mars 2002. Ceci dit, le Code de déontologie médicale autorise la rétention d'information par le médecin « [...] *dans l'intérêt du patient et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience* [...] ». Il doit s'agir « [...] *d'un diagnostic ou d'un pronostic graves* [...] » dans la mesure où ce maintien du malade dans l'ignorance n'expose pas des tiers à un risque de contamination. Bernard HOERNI et Robert SAURY militent cependant dans leur ouvrage pour que ce qu'ils qualifient avec circonspection de « *privilège thérapeutique* »¹²⁵³ soit réduit à la part congrue, jugeant que même une réalité « *désagréable* » – le pronostic à annoncer pouvant, éventuellement, être un pronostic fatal – ou « *incertaine* » peut être avouée et peut même assurer une véritable confiance dans la relation thérapeutique et, éventuellement, un soulagement¹²⁵⁴. Dans tous les cas, cette autorisation très spéciale, posée par le Code de

¹²⁴⁶ Alinéa 1er de l'article 1111-2 CSP

¹²⁴⁷ Cass, civ. 1ère, 17/11/1969, « *HOFFMANN* » *Bull. Civ. I*, n° 347 (intervention médicale ou chirurgicale) et Cass., civ. 1ère, 4/5/1970, « *Sieur SCALIA* », pourvoi n° 69-10878, *Bull. Civ. I*, p. 123, n° 152 (administration de substances). Ce caractère préalable découle également de la fonction du droit à l'information du patient (et autrefois de l'obligation d'information du médecin) puisque c'est elle qui permet de donner un consentement éclairé au soin.

¹²⁴⁸ Article 35 du Code de Déontologie Médicale

¹²⁴⁹ Alinéa 1er de l'article 1111-2 CSP

¹²⁵⁰ La question demeure posée de l'étendue de ce contenu : la jurisprudence s'était arrêtée sur le principe que « *les risques graves et normalement prévisibles de l'opération ou du traitement qui lui était demandé* » devaient être portés à la connaissance du patient (le domaine de la chirurgie esthétique étant pour sa part soumis à des règles dérogatoires : Cass, civ. 1ère, 17/11/1969, « *HOFFMANN* », *Bull. Civ. I*, 1969, n° 347). Un arrêt de la Cour de cassation 20/1/1997, conforté par deux autres arrêts du 7 octobre 1998 ont cependant étendu cette obligation d'information à tous les risques, y compris exceptionnels dès lors que le médecin ne se trouve pas dans une situation « [...] *d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé* [...] » (Cass. Civ. 1ère, 7/10/1998, *JCP*, 1998, II, n° 10179, note P. SARGOS et conclusions de J. SAINTE-ROSE). Le Conseil d'Etat a adopté la même ligne de conduite à partir de 2000, dans son arrêt CE, 5/1/2000, « *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ GUILBOT* », req. n° 198530, [en ligne], préc.. La loi du 4 mars 2002, revenant à la stipulation des seuls « [...] *risques fréquents ou graves normalement prévisibles* [...] » dans son article 1111-2 a laissé penser à un retour à la ligne jurisprudentielle traditionnelle « *des risques connus* ». Une conduite qu'a effectivement empruntée la 1ère chambre civile de la Cour de cassation dès son arrêt du 18/12/2002, mais auquel refuse apparemment d'adhérer le juge administratif (CE, 19/5/2004, « *CRAM d'Ile-de-France c/ TRUSKOWSKI* », req. n° 216039 et 216040, *Rec. Lebon*, 2004, pp. 228-232). (cf. pour davantage d'approfondissements LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.), *Droit de la santé*, Paris, PUF, coll. « *Thémis droit* », 2007, pp. 333-335).

¹²⁵¹ Il faut noter également le changement de nature de ce « *principe d'une information en matière médicale* » qui, suivant l'analyse d'Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, transforme ce simple devoir médical pour le praticien en un véritable droit fondamental du patient. Cette analyse s'appuie notamment sur l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2001 qui relie cette obligation d'information du médecin à « [...] *l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.* » (arrêt Cass. civ. 1ère, 9/10/2001, n° 00-14564, *Recueil Dalloz*, 2001, jurisprudence, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN) (A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2007, p. 332).

¹²⁵² G. NICOLAS, « *Le nouveau code de déontologie* », op. cit., 1995, p. 5

¹²⁵³ L'expression n'est qu'un emprunt de leur part. Ils définissent la notion comme « [...] la possibilité pour le médecin de cacher certaines choses au malade dans son intérêt, en vue de mieux le traiter. » (B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement*, op. cit., 1998, p. 24)

¹²⁵⁴ B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement*, op. cit., 1998, pp. 23-24

déontologie médicale, de taire une part des informations connues sur la santé du malade, ne doit, en aucun cas, remettre en cause l'exigence de loyauté de la part divulguée : il demeure interdit, au médecin, de mentir à son patient. « *Le médecin a la liberté de dire peu : mais que ce peu soit vrai* »¹²⁵⁵.

Mais en réalité, l'obligation d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient est encore plus subtile dans sa teneur véritable : il s'agit pour le médecin d'accepter un éventuel refus de la part du patient, de le décrypter pour en saisir les causes et, en fonction de la nature de ces dernières, de pousser plus avant l'argumentation en faveur du procédé proposé pour tenter de convaincre malgré tout le malade. Démonter les peurs, trouver des contre-arguments, le médecin doit se montrer rhéteur mais sans pousser trop loin ses tentatives de persuasion, au risque d'être accusé de vicier le consentement libre du malade par de trop fortes pressions pour lui faire accepter la solution soumise. En cas de refus, il doit donc persister dans son accompagnement, en proposant les alternatives, en cherchant, en fonction des raisons du premier refus, la solution de substitution la plus en accord avec les souhaits du patient¹²⁵⁶.

■ 2. Le cas épineux du droit au consentement aux soins des personnes sous HSC

Face à un type de pathologies qui atteignent précisément les facultés psychiques, sans que l'on puisse s'assurer toujours avec certitude dans quelle mesure les décisions du patient sont lucides ou aliénées par la maladie, le dilemme entre la nécessité de soigner un patient et la nécessité de rechercher son consentement peut être dans certains cas particulièrement vif en psychiatrie (b). Il s'agit alors pour le praticien de prendre une décision la plus respectueuse possible des choix du patient mais pouvant aller contre, dès lors que cette position est médicalement motivée et fait l'objet de réévaluations régulières. La psychiatrie se doit simplement d'appliquer le droit commun par principe, sauf exceptions dues à certaines pathologies psychiatriques (a).

a - Rechercher le consentement du patient pour les soins : une obligation éthique et déontologique à l'entorse possible

Il est important d'insister sur le fait que c'est bien le droit commun qui doit s'appliquer dans les services psychiatriques en matière de droit à l'information et de liberté de consentement, la personne atteinte de troubles psychiques étant d'abord un patient. D'ailleurs, les situations permettant de s'affranchir du consentement du patient sont les mêmes que dans les autres disciplines médicales, des situations extrêmement restreintes en nombre – l'article 1111-4 du Code de la santé publique retient les cas d'« *urgence* » et d'« *impossibilité* »¹²⁵⁷ – et que l'interprétation jurisprudentielle a tendance à rendre encore plus exceptionnelle. En psychiatrie, si les situations d'urgence, premier pourvoyeur de personnes hospitalisées sous contrainte, ne semblent pas poser trop de problèmes quant au diagnostic de cette situation et à la contrainte à éventuellement appliquer, déontologiquement acceptable compte tenu de la situation, celle de l'impossibilité est plus délicate. Les temps ont changé, la science s'est affinée, et les personnes atteintes de troubles psychiques ne sont plus, par définition, considérées comme incapables de consentir. Ainsi, d'après Anne FAGOT-LARGEAULT, le corps psychiatrique européen estime que l'existence d'une maladie mentale chez un individu n'induit pas nécessairement abolition de sa capacité de jugement ou de « [...] *toute compétence, et que le fait de porter un diagnostic psychiatrique n'équivaut pas à dénier à la personne concernée toute aptitude à consentir.* »¹²⁵⁸. Cette position éthique au sujet du patient hospitalisé sous contrainte impose d'évaluer régulièrement sa capacité à consentir afin de saisir dès que possible l'occasion d'obtenir ce consentement, fondamental pour la qualité du soin. Mais il faut s'entendre : non seulement il va

¹²⁵⁵ B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement*, op. cit., 1998 p. 52

¹²⁵⁶ Cf. à ce propos F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, pp. 46-48. Ceci dit, la question du refus de soin quand le pronostic vital est en jeu demeure une question en débat (cf. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2007, pp. 347-348)

¹²⁵⁷ Cf. quant à la difficulté de définition, de l'urgence notamment, A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2007, p. 339 (développement à propos des obstacles à l'obligation d'information mais qui vaut également, du dire même des auteurs, pour l'obstacle au consentement, qui opèrent eux-mêmes le renvoi p. 353)

¹²⁵⁸ A. FAGOT-LARGEAULT, « Ethique du consentement en psychiatrie », dans C. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie*, op. cit., 1998, p. 79

s'agir pour le médecin de discerner le moment où le patient sera psychiquement réceptif à la proposition de soin, mais également de lui fournir une information sur ce soin et sur sa situation médicale, assimilable suivant son état mental¹²⁵⁹. Le seuil à partir duquel on peut estimer un individu capable de jugement dans l'absolu ne signifie pas pour autant une uniformité dans les capacités mentales voire intellectuelles retrouvées.

Certes, on peut opposer à cette analyse le fait qu'un patient hospitalisé sous contrainte est par définition un individu hospitalisé en dépit de son consentement, et généralement dans son intérêt. Cela est singulièrement vrai dans le cas de l'hospitalisation sur demande d'un tiers où la demande ne peut en tout cas être déposée que par une personne supposée agir dans le sens de cet intérêt et, selon les termes de la loi, alors que l'état du patient exige « [...] *des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* » et tandis que « [...] *ses troubles rendent impossible son consentement* [...] »¹²⁶⁰. Or, le patient n'accède pas immédiatement à la levée de l'HSC dès une évolution salubre de son état ouvrant sur le développement d'une capacité à consentir, sur laquelle s'appuie l'alliance thérapeutique. La question s'est parallèlement posée chez certains psychiatres et juristes de savoir si l'autorisation d'hospitaliser sous contrainte entraînait *de facto* un droit à administrer des soins selon la même modalité, dans la mesure où les lois de 1838 et aujourd'hui de 1990 n'évoquent pas cet aspect de la question. Tout dépend en réalité, de ce qui doit être entendu derrière le concept d'hospitalisation : est-ce purement l'idée d'enfermer dans un établissement de santé ou doit-on y lire, comme indéfectible à cette notion, celle de soin ? A l'heure actuelle, un certain nombre d'auteurs s'arrêtent avec pertinence sur l'idée que le placement sous-entend pour le médecin autorisation d'administrer ne serait-ce que les premiers soins sans le consentement du patient. Comme le font remarquer Isabelle SAYN, mais également des psychiatres comme Jean-Jacques KRESS ou Francis DESCARPENTRIES¹²⁶¹, il relèverait en effet du pur enfermement, ayant perdu toute dimension médicale, de maintenir une personne séquestrée sans lui délivrer de soins¹²⁶² : une forme d'antithèse du but recherché par la mesure d'hospitalisation sous contrainte¹²⁶³. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 26 novembre 2010, n'attermoie pas : il interprète les dispositions concernant l'hospitalisation sous contrainte comme empêchant la personne ainsi hospitalisée de « [...] *s'opposer aux soins médicaux que les troubles requièrent* », une situation qu'il considère être le résultat d'une « [...] *conciliation* [opérée par le législateur] *qui n'est pas manifestement disproportionnée* [...] *entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public d'une part, et la liberté personnelle, protégée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 d'autre part* [...] », jugeant qu'« [...] *en tout état de cause, les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération* »¹²⁶⁴. La doctrine médicale, reprise par la loi en ce point, explique qu'un certain nombre de troubles, notamment psychotiques, aliènent l'esprit et la capacité de jugement du malade, invalidant la qualité libre et prise en toute conscience de cause de la décision. Seuls des traitements chimiothérapeutiques pourront, dans cette situation, ramener le patient à une appréciation plus juste de la réalité. Dès lors, il est nécessaire de passer outre la position aliénée du malade ne voulant pas se soigner pour lui administrer les médicaments qui le ramèneront à la raison¹²⁶⁵.

¹²⁵⁹ L'appréciation de la compétence à consentir s'appuyant, selon Anne FARGOT-LARGEAULT, sur un diptyque : « [...] *une aptitude à comprendre l'information et une aptitude à prendre une décision rationnelle touchant son propre bien.* » (A. FARGOT-LARGEAULT, « Ethique du consentement en psychiatrie », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie. op. cit.*, 1998, p. 79)

¹²⁶⁰ Alinéa 1er de l'article L. 3212-1 CSP

¹²⁶¹ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, pp. 102-103

¹²⁶² I. SAYN, « L'hospitalisation à la demande d'un tiers », *Médecine et droit*, 1998, n° 31, p. 2

¹²⁶³ On peut en effet l'affirmer également pour l'hospitalisation d'office dans la mesure où, si seule la neutralisation de la personne pour trouble à l'ordre public était recherchée, d'autres procédés plus directs seraient mis en oeuvre par les forces de l'ordre, à commencer par l'arrestation et l'éventuelle mise en garde à vue.

¹²⁶⁴ Conseil Constitutionnel, décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel, cons. 32

¹²⁶⁵ Cf. pour exemple Ph. JEAMMET, « Démystifier les psychotropes : un outil parmi d'autres », *Revue française de psychanalyse* 2002/2, vol. 66, Paris, PUF, pp. 430-431. Le même retour a été recueilli lors d'un entretien avec Wilfrid MARTINEAU (hôpital Saint-Jacques de Nantes, juillet 2008), Cf. également J.-J. KRESS, « Le consentement aux soins par le patient schizophrène », *Hallopsy*, 1994 n° 12, p. 14

Mais il s'agit, selon Marc DUPONT, de maintenir une veille constante pour s'assurer que l'obligation de soin faite au patient reste, en tout état de cause, « [...] *strictement proportionnée aux soins qui s'imposent dans l'immédiat* » et que « [l]eur *nécessité* [soit] *réévaluée au fur et à mesure* »¹²⁶⁶. En parallèle, le corps médical s'accorde généralement sur le fait que l'obtention de l'adhésion et donc du consentement du patient emportera avec plus de certitude la réussite du traitement¹²⁶⁷. Il est même généralement admis que l'absence d'alliance thérapeutique voue le traitement à l'échec¹²⁶⁸. En ce sens, l'un des ressorts thérapeutiques semblant fréquemment utilisés dans les unités de psychiatrie, notamment fermées, est la négociation, par contrat individuel passé entre le psychiatre et le patient, du recouvrement de ses droits : droit de visite, de téléphoner, de sortir même dans le parc de l'hôpital, et *a fortiori* de sortir dans la cité etc.

Les dérogations appliquées en psychiatrie doivent donc rester exclusivement motivées au cas par cas, en fonction de la situation psychique temporaire du patient¹²⁶⁹. A tout le moins le praticien devra être encore plus subtil et attentif à l'état de fragilité psychique de la personne qui lui fait face lors de la transmission de l'information, qui se devra d'être « *personnalisée et non standardisée* »¹²⁷⁰. Les écueils sont en effet extrêmement nombreux et variés dans cette branche de la médecine : l'ouvrage consacré à la question de l'information en psychiatrie dirigé par Jérôme PALAZZOLO le démontre en matière d'obligation d'information du médecin en direction du patient¹²⁷¹. Maints exemples pratiques y soulignent le décalage entre une information émise et la manière dont elle est comprise par le patient, les distorsions d'analyse propres à chaque personnalité éventuellement en lien avec la maladie, et qui ne sont pas forcément discernables immédiatement par le médecin informateur. Y est pointée également l'écartèlement entre les exigences législatives et jurisprudentielles générales, qui exigent aujourd'hui une information intégrale, y compris du risque le plus exceptionnel entraîné par un soin ou un traitement, et le risque d'affoler un patient généralement fragile, allant jusqu'à le faire refuser la chimiothérapie ou le procédé thérapeutique proposé. L'information s'avère réellement un art, qui doit cependant être absolument pratiqué. Certes, il est difficile et demande réflexion et doigté de la part du praticien, mais la majorité des soignants comme des usagers s'accordent sur le fait que seule une information complète et bien comprise évitera les rechutes et ouvrira à une réelle liberté du patient dans la gestion de sa vie, au sein de la société. Cette liberté ne peut en effet passer que par une parfaite maîtrise, par le malade, de ses traitements (en connaître les effets secondaires, les risques en cas d'arrêt des prises et en avoir discuté, intégré et accepté le rapport coûts/avantages) et de sa maladie (symptômes annonciateurs d'une crise, comment y répondre etc.)¹²⁷².

b - Jauger la capacité à consentir en psychiatrie : un dilemme au plan anatomo-psychique n'acceptant pas le radicalisme

En matière de consentement, la première difficulté touche à la nature même des pathologies en cause : les maladies mentales atteignent directement et précisément « [...] *ce qui*

¹²⁶⁶ M. DUPONT, *Soins sous contrainte en psychiatrie*, Paris, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris, Doin-Lamarre éd., coll. « Les Guides de l'AP-HP », 2004, p. 18

¹²⁶⁷ Cf. à ce sujet, entre autres J.-J. KRESS, « Le consentement aux soins par le patient schizophrène », *op. cit.*, 1994, p. 14 et C. JONAS et J.-Cl. VIGNOLES, « Consentement aux soins et traitements imposés en psychiatrie », *L'Information psychiatrique*, 1992, n° 6, p. 609.

¹²⁶⁸ Cf. par exemple A. FAGOT-LARGEAULT, « Ethique du consentement en psychiatrie », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie. op. cit.*, 1998, p. 80

¹²⁶⁹ Cf. entre autres, J. PALAZZOLO (dir.), *Informé le patient en psychiatrie. Rôle de chaque intervenant : entre légitimité et obligation*, Paris Masson, coll. « médecine et psychothérapie », 2003, p. 70 : « [...] *L'information [délivrée à ces patients en psychiatrie] ne saurait [...] être juridiquement différente ; elle doit tout au plus être une information adaptée.* » ; B. HOERNI et R. SAURY, *Le consentement, op. cit.*, 1998, p. 91

¹²⁷⁰ J. PALAZZOLO (dir.), *Informé le patient en psychiatrie, op. cit.*, 2003, p. 70

¹²⁷¹ Cf. notamment l'article de J.-P. CHABANNES, M. BENSAAADI, E. BALAGUER et N. BASSET, « L'information, d'une demande légitime à des obligations légales », dans J. PALAZZOLO (dir.), *Informé le patient en psychiatrie, op. cit.*, 2003, pp. 17-31, et notamment pp. 23-27

¹²⁷² J.-P. CHABANNES, M. BENSAAADI, E. BALAGUER et N. BASSET, « L'information, d'une demande légitime à des obligations légales » et Cl. FINKELSTEIN, « Le point de vue du patient », dans J. PALAZZOLO (dir.), *Informé le patient en psychiatrie, op. cit.*, 2003, pp. 17-31, et pp. 78-89

nous permet de consentir »¹²⁷³ : d'abord, l'esprit c'est-à-dire la capacité de jugement, la réflexion, le rapport à la réalité, la raison, mais aussi les paramètres qui guident l'être humain dans ses choix : affectivité, relation à autrui. Paradoxe, donc, à demander son consentement au patient dont le médecin veut traiter « [...] *l'appareil même susceptible de produire le consentement.* »¹²⁷⁴. Un paradoxe qui s'avère une véritable difficulté pratique et éthique pour le psychiatre mais qui se révèle également l'origine d'une facile suspicion à l'encontre de ces médecins du psychisme, dès lors que le consentement requis va dans le sens suggéré par le praticien.

La seconde difficulté s'avère celle de la détermination du seuil à partir duquel le consentement peut être considéré comme valable, ou, pour le formuler en sens inverse, celle de la définition du consentement impossible. Déjà en 1998, Anne FAGOT-LARGEAULT notait qu'il n'existait pas « [...] *de définition standard de la compétence* [...] » en matière de consentement¹²⁷⁵. La situation n'a pas évolué malgré l'adoption de la loi du 4 mars 2002 : Francis DESCARPENTRIES renvoie aux seules fiches d'information ministérielles prises à propos de l'application de la loi de juin 1990, qui indiquent simplement, pour leur part, qu'« [...] *il revient au médecin d[...]apprécier* [l'impossibilité pour la personne hospitalisée sous contrainte de consentir à son internement] »¹²⁷⁶, sans plus de pistes pour apprécier cette capacité. L'approche clinique joue indéniablement, mais elle ne résout pas toute la question. L'auteur reconnaît que chaque réponse devra toujours se conjuguer au « *subjectif singulier* »¹²⁷⁷, la médecine étant une science d'abord tournée sur l'homme dans son individualité.

Sans doute serait-il plus simple, malgré tout, et éventuellement plus égalitaire entre les patients, que quelques grandes lignes de conduite soient déterminées sur le sujet. Alain MERCUEL et ses coauteurs relèvent en effet que « [...] *l'absence de sémiologie du consentement laisse libre cours à des interprétations fort variées* [...] »¹²⁷⁸. Selon la personnalité du patient, son trouble, mais aussi selon la personnalité et la position déontologique voire éthique du psychiatre, la méconnaissance – sans parler de l'inconscience –, par le patient, des caractéristiques des troubles qui l'atteignent, la perte de cohérence dans la réflexion engendrée par la maladie et apparaissant au diagnostic, peuvent jouer en faveur de l'administration de soins sous contrainte face à un consentement considéré comme impossible. Mais des signes tels que la trop grande facilité à obtenir le consentement ou un consentement « *ambivalent* » peuvent également être interprétés par le médecin comme des signes d'une incompétence à consentir¹²⁷⁹. Certes, la psychose, en tant que maladie portant atteinte, par définition, au rapport du malade à la réalité et par une ignorance voire un déni par le psychotique de ses troubles sera, aux dires du Docteur DESCARPENTRIES, un facteur *a priori quasi* implacable de l'incompétence de la personne à consentir aux soins, quelle que soit sa réponse à la question¹²⁸⁰. Et pourtant, comme il le souligne lui-même « [...] *en pratique, la question des rapports entre incapacité à consentir et psychoses n'est [...] pas si simple : [...] beaucoup de patients psychotiques sont aptes à consentir et peuvent recevoir des soins [...] dans un cadre librement consenti* ».¹²⁸¹ Sans compter que les

¹²⁷³ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, p. 108

¹²⁷⁴ C. JONAS, J.-Cl. VIGNOLES, « Consentement aux soins et traitements imposés en psychiatrie », *L'Information psychiatrique*, juin 1992, vol. 68, n° 6, p. 609

¹²⁷⁵ A. FAGOT-LARGEAULT, « Ethique du consentement en psychiatrie », dans Cl. LOUZOUN et D. SALAS (dir.), *Justice et psychiatrie*, op. cit., 1998, p. 79

¹²⁷⁶ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, p. 106

¹²⁷⁷ *Idem*, p. 106

¹²⁷⁸ Cf. A. MERCUEL, F. CAROLI, P.-O. SMAGGHE, C. BALDACCI-EPINETTE, « Loi du 27 juin 1990 », *Encyclopédie médico-chirurgicale*, Psychiatrie, 37-901-A-10, 1993, p. 6

¹²⁷⁹ *Idem*, p. 6

¹²⁸⁰ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, p. 109. Cf. également pour un trouble plus précis, la schizophrénie, J.-J. KRESS « Le consentement aux soins par le patient schizophrène », op. cit., 1994 n° 12, p. 14

¹²⁸¹ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, p. 111. Cf. également la réflexion de Michel WALTER à ce sujet : « La question du consentement se pose en psychiatrie d'une manière radicale car le psychisme du patient est tout à la fois l'outil avec lequel le sujet peut ou ne peut pas consentir à ce soin. Cette difficulté est redoublée dans la psychose puisque, chez le patient schizophrène par exemple la capacité même de consentir est remise en cause. Pourtant un trouble psychique n'implique pas automatiquement une abolition totale de la capacité au consentement. Le malade n'est pas forcément incompétent pour tout et peut

psychotiques ne sont pas les seuls individus atteints de troubles mentaux faisant l'objet de soins administrés sans consentement et de manière médicalement légitime : songeons au patient suicidaire ou à l'anorexique mental dont le processus vital est en danger. Toute la difficulté siège dans la valeur plus ou moins cruciale donnée au consentement et à la priorisation des données, principielles, factuelles et subjectives, à évaluer au cas par cas.

Des psychiatres tels que Monsieur DESCARPENTRIES se félicitent pourtant, malgré tout, que « [...] *la loi ne [...] dicte [...] pas [leur] conduite [...]* » à ces praticiens¹²⁸², les renvoyant à leur éthique et à leur responsabilité. Une attitude louable tant qu'elle reste honnêtement mise en oeuvre, avec un réel investissement pour chaque nouveau cas, mais qui sous-entend, comme nous l'avons déjà signalé, une grande disparité dans les prises en charge en fonction du médecin et non pas seulement de l'état clinique du patient. Sans compter une large et désagréable incertitude pour les médecins, risquant toujours de se voir intenter des procès en responsabilité, quelle que soit l'attitude adoptée : une intervention peut être jugée trop intrusive dans la vie du patient et une absence d'intervention relever de la non-assistance volontaire (en contradiction, dès lors, avec l'article 9 du Code de déontologie médicale ou R. 4127-9 du Code de la santé publique). Le médecin aura cependant agi en toute conscience, d'une manière qui n'aura rien d'aberrant. Seulement, ses critères quant à la liberté à laisser à autrui, et donc son rapport à la valeur du consentement, ne seront pas les mêmes que ceux de la famille du malade, éventuellement du malade lui-même ou encore, dans un certain nombre de cas, du juge. Faute de critères permettant d'accorder les pratiques et assurant en tout cas une véritable sécurité juridique en la matière, chaque affaire devra se contenter de la précarité juridique actuelle.

Mais en la matière, cette précarité n'est-elle pas la garante d'une véritable richesse de réponses, individualisées ? C'est bien ce que semblent penser nombre de praticiens. Le principe de sécurité juridique, à trop vouloir encadrer, ne risquerait-il pas de se montrer castrateur ? Lourde dilemme mettant en jeu la définition même de la règle de droit, loi générale, à adapter tant que faire se peut aux cas particuliers. En l'espèce, est-ce possible ? L'insécurité juridique face à laquelle se trouve le corps médical est-elle supportable ? Un noeud gordien est ainsi posé, que le droit, pour l'heure, n'a toujours pas tranché. Il semble qu'à tout le moins, il serait pertinent d'opter pour une demi-mesure et d'inviter le corps médical, en lien avec des juristes, à établir un guide qui tracerait un minimum de critères permettant d'orienter le psychiatre quant aux positions à adopter, notamment en matière de valeur à reconnaître au consentement. Un guide non-contraignant, de simples orientations laissant toute latitude d'appréciation au médecin, mais dont il pourrait arguer en cas de mise en cause, et qui pourrait servir de référence au juge comme aux familles et aux malades. De toute évidence, son caractère non-contraignant devrait être souligné afin de ne pas devenir un carcan bridant la liberté d'appréciation du médecin et l'individualisation de la mesure, mais il servirait à tout le moins de base de discussion et serait une source d'informations permettant de comprendre sans doute plus aisément les positions adoptées par le praticien, même lorsque celles-ci s'éloignent des attitudes conseillées. La question renvoie dans tous les cas de manière évidente au caractère discrétionnaire du pouvoir médical.

◇ b) *Le maintien d'un pouvoir discrétionnaire médical*

Outre cette place ambiguë du consentement du patient au sein de l'institution psychiatrique –qui peut donc légalement agir sans ce sésame –, le caractère fermé de ces services et établissements ainsi que leur fonctionnement disciplinaire interne maintiennent les craintes de pouvoir arbitraire exercé à l'égard des patients. Il est vrai que dans l'absolu, la potentialité d'un tel abus de pouvoir existe, revers de la latitude thérapeutique laissée au médecin afin de soigner au mieux, et de manière la plus individualisée possible, son patient (1). Dans le même sens, l'inapplicabilité dans la réalité des mécanismes de contrôle ou leur inefficacité à repérer un certain nombre d'hypothèses d'abus, semblent propres aux vestiges du caractère d'institution totale que garde, malgré tout, un service qui enferme et a le contrôle d'une

garder des aires spécifiques de compétence dans lesquelles son consentement est valable. » (M. WALTER, « Comment évaluer la capacité à consentir chez le psychotique ? », *Innovation Janssen Psychiatrie*, n°5, p. 9).

¹²⁸² F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, op. cit., 2007, p. 111

population (2).

■ 1. Le médecin, entre pouvoir de la connaissance, pouvoir de soin, et prise en compte du patient-personne

Face au pouvoir du médecin, le patient reste dans une position inférieure sur tous les plans : le médecin a la connaissance à la fois de la maladie et des modes de traitement, il a le pouvoir de prescription et détient celui de contraindre le patient, l'argumentation médicale bénéficiant d'une présomption de légitimité face à une personne de toute évidence « malade ». dans cette position de force, il paraît tout-puissant et protégé dans cette surpuissance face à un individu sans moyens ni arguments scientifiquement valables à lui opposer (a). En réalité, un certain nombre de garde-fous tendent à encadrer les décisions médicales lourdes en conséquences pour les droits et libertés du patient. Sans compter la réponse la plus efficace de toutes à ce danger, la bonne-foi et la déontologie intègre du médecin, permettant une gestion sans absolutisme de ses pouvoirs par le praticien (b).

a - Le pouvoir médical en exercice : l'implication du patient en question

Objectivement, ce pouvoir peut en effet se manifester à tous les niveaux, à commencer dans la prescription des soins et traitements. La question de l'administration de substances ayant des effets sur le psychisme a précédemment été évoquée dans son ambivalence. Une prescription médicale se doit, par principe, de viser le mieux-être du patient, dans tous les cas de ne pas lui nuire¹²⁸³. En réalité, quel est le véritable rôle de ces médicaments ? Ne peut-on craindre une prise de pouvoir sur l'esprit du malade corrompu par des substances psychotropes, plutôt qu'un retour à une appréciation sensée de la réalité ? Cette liberté de prescription peut apparaître comme difficilement contrôlable par le juge dans la mesure où, face à un patient agité, un sédatif sera toujours considéré comme pertinent. L'appréciation du degré d'agitation, éventuellement de la dangerosité du sujet, nécessitant l'administration du traitement ainsi que ses modalités de délivrance sont pour leur part subjectives et ne reposeront, *a posteriori*, que sur des témoignages, bien souvent la parole du patient contre celles de l'équipe soignante et du psychiatre.

De même, c'est au médecin de prescrire – ou d'entériner – la mise en chambre d'isolement et la pose de contentions¹²⁸⁴. Sujets longtemps tabous en psychiatrie et controversés, ces soins fortement liberticides sont toujours occultés par la loi ou les textes réglementaires¹²⁸⁵. Seul un modèle de protocole de mise en chambre d'isolement a été défini par l'ANAES en 1998, suite à un audit national à propos de cette pratique. Sans valeur normative contraignante, l'existence de ce référentiel incite les différents établissements ou services psychiatriques à s'en servir de modèle et à adopter chacun un texte semblable, mais valable uniquement au sein de l'unité d'hospitalisation fermée concernée. En conséquence, juridiquement, il revient au médecin chef du service de faire la loi à ce sujet dans l'unité, ou de ne pas la faire. Et suivant le degré de précision de l'éventuel protocole établi dans l'unité où ils exercent, les médecins prescripteurs peuvent se retrouver totalement libres de décider d'utiliser ces pratiques sans guide légalement contraignant et d'en définir les modalités. Et dans tous les cas, la décision de mettre en oeuvre ces procédés reste à la discrétion de l'équipe soignante et du médecin, l'évaluation de l'état du patient nécessitant ces pratiques étant, là encore, éminemment subjectives et donc difficilement contrôlables par le juge¹²⁸⁶.

A ces pratiques s'ajoute celle du « contrat de soin » : marchandages, moyens de pression, outils thérapeutiques ? Les termes pourraient bien s'emmêler. Certes, les soignants arguent de la

¹²⁸³ Principe de « *primum non nocere* » (« d'abord, ne pas nuire »), qui sous-tend l'exercice de la médecine.

¹²⁸⁴ Recommandation n° 3 dans le référentiel de protocole de mise en chambre d'isolement défini par l'ANAES en 1998

¹²⁸⁵ Dominique FRIARD qualifie cette situation d'« *exception française* », la plupart des autres démocraties occidentales, des Etats-Unis à la Russie en passant par l'Europe, ayant encadré juridiquement et de manière contraignante ces pratiques. (cf. D. FRIARD, *L'isolement en psychiatrie. Séquestration ou soin ?*, Paris, Masson, coll. « Souffrance psychique & soins », 2002, p. 9

¹²⁸⁶ Jérôme PALAZZOLO indique même que « [q]uel que soit le protocole établi, il n'a pas de prise sur cette dimension subjective de la pratique de l'isolement. » (J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, Paris Masson, coll. « Médecine et psychothérapie », 2002, p. 29). Cf. également les doutes d'un infirmier face à ces pratiques : D. FRIARD, *L'isolement en psychiatrie, op. cit.*, 2002, pp. 20-22.

nécessité d'user d'artifices de la sorte pour remettre le patient dans le droit chemin, certains ayant besoin de ce cadre rassurant pour reprendre pied ou pour se soumettre à un comportement acceptable pour la société. Et de toute évidence, le procédé semble éthiquement valable s'il est employé à bon escient. Mais pour s'en assurer sans doute aussi faut-il en retracer les limites : il peut devenir un moyen de pression, privant le patient d'une liberté de manière quelque peu abusive. En effet, un patient auquel on promet son droit de visite s'il prend sans discuter son médicament régulièrement va être tenté d'adhérer au contrat unilatéralement proposé, alors même que sa résistance à la prise de médicament pouvait être fondée, des effets secondaires insupportables pour lui se manifestant par exemple. Or à aucun moment de la négociation, la cause du refus ne sera recherchée. Une contrainte illégitime – puisque répondant à une résistance légitime – viendra ainsi s'abattre sur lui inutilement, un temps de discussion ayant, sans doute, pu obtenir le même effet par un biais plus satisfaisant. Mais là encore, faire jouer le pouvoir du médecin est plus efficace au sens où cela permet une prise de décision plus rapide. Le fait que le psychiatre cumule, au moins pour les HDT, le pouvoir de maintenir enfermés ses patients et de gérer leur hospitalisation durant cette période de privation de liberté ne lui donne que plus d'emprise sur ses patients : il pourra mettre dans la balance contractuelle la levée de l'hospitalisation sous contrainte à un terme plus ou moins rapproché selon la « bonne conduite » du patient.

On peut d'ailleurs s'interroger, de manière plus large, sur la réelle valeur du consentement donné par le patient dans des situations de liberté de choix pouvant paraître encore plus iniques : il n'est pas rare de voir affirmer la prise de médicaments par voie orale comme librement consentie. Certes, le patient les a avalés sans contrainte physique directe, mais quelle était l'alternative proposée à son refus de les prendre, alternative dûment rappelée en cas de réticence primaire ? Que de toute façon, il prendrait le traitement, mais, s'il en était besoin, de force, par injection intraveineuse, et éventuellement au terme d'une lutte physique avec l'équipe infirmière, désagréable pour les deux parties ? ...

De toute évidence, le patient interné en psychiatrie subit une inégalité des armes, en sa défaveur, face au médecin qui jouit d'un réel pouvoir sur les libertés de ce dernier, largement laissé à son appréciation discrétionnaire au titre de son caractère thérapeutique, qui semble lui assurer un blanc-seing. Le médecin chef du service est en outre plénipotentiaire dans la théorie pour fixer le règlement intérieur des unités qu'il dirige. C'est donc à lui qu'il revient de fixer, de manière unilatérale – dès lors qu'il reste dans le cadre des lois et règlements en vigueur –, les conditions de vie quotidienne dans l'unité, contribuant, selon sa personnalité et ses convictions, à instaurer un régime libéral et tourné vers le respect des droits, voire l'ouverture au dialogue avec les patients, ou au contraire, à maintenir une atmosphère encore proche des anciens régimes asilaires¹²⁸⁷. C'est dans ce cadre qu'il décidera d'adopter un protocole organisant la procédure de mise en chambre d'isolement ou de bannir la pratique de son unité, etc. Or, dans le cadre des établissements organisant une vie collective soumise à une discipline stricte tels que les écoles, les prisons ou, de toute évidence, les hôpitaux psychiatriques, ce règlement intérieur a été, pendant longtemps, considéré comme un acte interne à la vie du service, manifestation du « pouvoir d'auto-organisation spontané »¹²⁸⁸ reconnue à toute personne publique, même sans texte explicite. Il est donc demeuré une mesure d'ordre intérieur, non contestable par les usagers devant le juge¹²⁸⁹. Cependant, depuis l'avis rendu par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat du

¹²⁸⁷ Il est vrai néanmoins que ce règlement intérieur doit être validé par l'autorité administrative, à savoir la direction administrative de l'hôpital. Ceci dit, si cela relativise juridiquement le pouvoir absolu de certains médecins chefs de service sur ce dernier, cette situation maintient comme une réalité le pouvoir institutionnel sur le patient puisque dans tous les cas, ces documents sont bien des créations internes à l'institution.

¹²⁸⁸ Expression reprise à P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration*, op. cit., 2000, p. 342

¹²⁸⁹ R. SCHWARTZ, « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA* numéro spécial, juin 1997, p. 51. On fait traditionnellement référence aux jurisprudences CE, 21/10/1938, « *LOTE* » (*Rec. Lebon*, 1938, p. 786) et CE, 20/10/1954, « *CHAPOU* » (*Rec. Lebon*, 1954, p. 541), relatives au milieu scolaire pour justifier cette qualification de mesure d'ordre intérieur.

27 novembre 1989¹²⁹⁰, «[...] *ce régime spécifique et protecteur n'est plus*»¹²⁹¹, les dispositions de ces décisions réglementaires unilatérales pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La qualification de blanc-seing laissé au médecin paraît malgré tout outrancière à l'heure actuelle. Si le pouvoir du médecin reste important – à un degré rarement égalé dans la société démocratique et libérale contemporaine –, il n'est cependant plus absolu, quelques bornes lui étant posées. L'avènement récent du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté se dessine déjà également comme un amplificateur important de cette relativisation du pouvoir de fait, *quasi* absolu, des psychiatres sur leurs patients hospitalisés sous contrainte.

b - Les garde-fous juridiques et extra-juridiques du pouvoir du médecin

La prescription médicamenteuse s'avère le premier risque d'abus de pouvoir à relativiser. De toute évidence, les psychotropes gagnent aujourd'hui en efficacité et sont un pouvoir important dans les mains du médecin, comme cela a été précédemment évoqué. Cependant, les scientifiques travaillant sur le sujet et les psychiatres les prescrivant quotidiennement s'accordent sur le fait que ces médicaments ne transforment pas radicalement la personne, et qu'ils le font même de moins en moins. Cette dernière garde son identité et son esprit, la substance médicamenteuse venant simplement réguler son humeur, ses pulsions, ses angoisses. En outre, contrairement à des opérations telles que les lobotomies, la chimiothérapie n'a pas, *a priori*, de conséquences irréversibles. Ceci est éventuellement dénoncé comme une lacune dans la mesure où cela signifie que la personne atteinte de troubles psychotiques tels que la schizophrénie ou les troubles bipolaires l'est à vie et sera contrainte à un traitement, parfois lourd et emportant de désagréables effets secondaires, pour le restant de ses jours ; cela signifie également, et surtout, que l'Homme n'aurait pas encore le pouvoir de transformer irrévocablement l'esprit d'un autre par ce biais¹²⁹². Mais de toute évidence, derrière la prescription, c'est bien la potentialité qu'a le médecin d'imposer l'administration de ces substances, de force, au patient, qui précipite les craintes, dans la mesure où ce pouvoir peut paralyser toute velléité de protestation contre un enfermement arbitraire ou un mauvais traitement subi durant le séjour. Le médecin serait à la tête d'un système qu'il contrôlerait entièrement et que les contrôles juridiques mis en place ne parviendraient pas à percer au jour, comme on a pu l'évoquer précédemment.

Rappelons cependant que le Contrôleur général des lieux privatifs de liberté a accès aux cellules d'isolement et peut rentrer en contact avec les patients qui s'y trouvent. Aucun indice ne figure pour l'heure dans ses rapports à propos des patients placés sous contention mais, étant donné la logique adoptée par cette autorité, il est fort vraisemblable qu'il demande également à rentrer en contact avec ces personnes dans la mesure où elles-mêmes y consentent et que leur état le permet. Reste, bien évidemment, la suspicion des pressions effectuées sur le patient ainsi visité par le personnel non-intègre et surtout, du renforcement de sédatifs coupant court à tout dialogue sensé avec le Contrôleur. Le contrôle de la posologie médicamenteuse sera certainement plus délicate pour le Contrôleur, et dans la mesure où l'on considère que cette activité rentre dans ses attributions.

Mais il est indéniable que le régulateur le plus efficace de cette détention de pouvoir reste la déontologie et l'éthique personnelle du psychiatre. Régulateur seulement, dans la mesure où il n'amointrit en rien la réalité juridique de l'importance des pouvoirs reconnus au médecin et au chef de service, mais c'est de toute évidence leur présence chez nombre de ces praticiens à la tête d'unités qui à la fois a détourné la vigilance des juristes de la persistance de ce pouvoir si important sur d'autres individus et l'a justifié. Déontologie et éthique personnelle seront les

¹²⁹⁰ CE Ass., Avis, 27/11/1989, confirmé par les arrêts CE, 2/11/1992, « *M. KHEROUAA et Mme KACHOUR, M. BALO et Mme KIZIC* » (cf. *RFDA*, 1993, pp. 112-119, concl. KESSLER) et CE, 14/3/1994, « *YILMAZ* » (*Rec. Lebon*, 1994, p. 129)

¹²⁹¹ R. SCHWARTZ, « Le pouvoir d'organisation du service », *op. cit.*, 1997, p. 51

¹²⁹² Cf. notamment Ph. JEAMMET, « Démystifier les psychotropes : un outil parmi d'autres », *Revue française de psychanalyse* 2002, vol. 66, n° 2002/2, p. 430. Cf. également à ce sujet la réflexion d'Assia BOUMAZA, dans son ouvrage *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, *op. cit.*, 2002, vol. II, p. 188-191

premières et les plus inexorables à amener le médecin à la recherche du traitement le plus finement individualisé pour chaque sujet, à rechercher perpétuellement un consentement authentique, donc non biaisé, de la part du patient, en prenant le temps de lui expliquer les effets recherchés des traitements et en tenant compte de ses souhaits et de ses remarques, quitte à revoir ses prescriptions pour mieux répondre aux attentes du malade. Ce sont elles qui l'obligeront à veiller à ce que tout procédé utilisé reste un outil thérapeutique et ne se transforme jamais en simple marchandage sans vertu soignante ou pire, en procédé à visée disciplinaire¹²⁹³. Ou plus précisément, qui assureront que derrière ces éventuels oripeaux de surface s'ancre profondément une vertu thérapeutique. Car là est toute la difficulté : décider d'une mise à l'isolement pour cadrer un schizophrène en recherche de règles et de limites strictement imposées, et veiller parallèlement à ce que cette même mesure ne soit pas utilisée comme simple punition envers un patient seulement insolent. Une telle éthique a justifié le maintien d'une si large latitude d'appréciation afin de laisser à disposition du médecin l'arsenal le plus large possible pour soulager voire guérir son patient, car elle posait par principe un climat de confiance à l'égard de mesures dont l'emploi peut cependant être retourné contre le malade. D'un point de vue juridique, le pouvoir du médecin n'est donc borné que par les principes du Code de déontologie médicale, et les obligations posées par la loi du 27 juin 1990 de préservation du respect de la dignité du patient « [e]n toutes circonstances [...] » ainsi que l'exigence que « [...] les restrictions à l'exercice de[s] libertés individuelles [du patient ne soient] limitées [qu']à celles nécessitées par son état de santé et la mise en oeuvre de son traitement [...] »¹²⁹⁴.

Une autre forme de garde-fous contre les abus semble également ressortir de la répartition des tâches et des pouvoirs au sein de l'équipe soignante : le psychiatre est l'autorité décidante mais qui reste très extérieure à la vie de l'unité dans la mesure où il ne passe que pour les consultations, les soins et diagnostics nécessitant sa présence et les réunions, ce contrairement à l'équipe infirmière, présente en continu parmi les patients et gérant la vie quotidienne. Cette interaction constante avec le public enfermé soumet ces infirmiers à toutes les tensions apparaissant dans l'unité, causées parfois par un seul malade, les oblige à gérer les conflits naissants et à prévenir constamment la violence et les gestes auto ou hétéro-agressifs. Ces équipes infirmières connaissent fréquemment des problèmes d'effectifs et notamment une raréfaction de la présence masculine ; raréfaction et, en corollaire, peur eu égard à des patients un peu trop velléitaires qui peuvent amener des réactions de type sécuritaires, tels que des placements en chambre d'isolement abusifs. Des réactions parfois disproportionnées par rapport à la menace, ou apparaissant en tout cas fréquemment comme telles pour un oeil extérieur. L'obligation que de telles mesures soient entérinées par un médecin peut éventuellement limiter ce type d'abus de l'ordre de la réaction impulsive¹²⁹⁵.

■ 2. Le pouvoir du médecin sur son patient interné : un pouvoir trop absolu, mal contrôlé ?

Une véritable interrogation persiste cependant eu égard à l'intensité du pouvoir médical sur les patients hospitalisés sous contrainte. La carence en décisions de justice, du moins publiées, en droit interne, amène à se consacrer à la jurisprudence européenne en matière d'administration de traitement sans consentement et de légitimité de l'utilisation de procédés fortement liberticides tels que la mise en chambre d'isolement ou la pose de contentions, jurisprudence elle-même peu abondante en la matière. La décision de référence¹²⁹⁶ demeure sur ce point l'arrêt « *HERCZEGFALVY contre Autriche* » du 24 septembre 1992. Or dans cette décision, le motif de « *l'impératif médical* » et l'appréciation des procédés utilisés à l'aune « [...] des principes communément admis à l'époque [...] » en matière de soins ou de mesures

¹²⁹³ Cf. particulièrement, à ce sujet, la réflexion du Professeur Guido GERIN, « Problèmes éthiques dérivant de l'utilisation de substances psychotropes », *Journal International de Bioéthique*, 1995, vol. 6 (hors-série), pp. 41-45

¹²⁹⁴ Article 3211-3 CSP

¹²⁹⁵ C'est bien ce que traduit Jérôme PALAZZOLO lorsqu'il explique que la décision doit être, dans les faits, faire suite à « [...] une concertation avec tous les soignants [...] non pour des raisons idéologiques, mais parce que le rôle du médecin est d'être garant de la loi, même si ce sont les infirmiers qui l'appliquent. » (J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, op. cit., 2002, p. 26)

¹²⁹⁶ Il s'agit, à notre connaissance, de la seule décision émanant de la Cour et abordant le problème des traitements et procédés utilisés en psychiatrie à travers le prisme de l'article 3 CEDH.

sécuritaires utilisées en psychiatrie dédouanent l'Etat autrichien d'avoir fait subir ce qui, de l'aveu implicite de la Cour, passerait dans un autre contexte et peut-être à une autre époque, pour inhumain et dégradant¹²⁹⁷. La psychiatrie serait donc placée dans une situation dérogatoire du droit commun¹²⁹⁸ dans la mesure où la nécessité thérapeutique laisserait au corps médical une présomption d'agir pour le bien du patient et de n'utiliser des procédés éventuellement avilissants qu'en dernier recours, en cas d'impasse¹²⁹⁹. Comme si le terme « avilissant » ne pouvait être employé dès lors qu'on entrait dans un cadre thérapeutique¹³⁰⁰. C'est en tout cas ce qui ressort de l'argumentation des juges lors de leur étude d'une potentielle violation de l'article 3 CEDH en l'espèce. La Cour estime en effet que « [...] *les conceptions médicales établies sont en principe décisives en pareil cas : ne saurait, en général, passer pour inhumaine ou dégradante une mesure dictée par la nécessité thérapeutique.* [...] »¹³⁰¹. Et, par principe, « [...] *il appartient aux autorités médicales de décider [...] des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de force, pour préserver la santé physique et mentale des malades entièrement incapables d'autodétermination et dont elles ont la responsabilité* [...] »¹³⁰², tandis que c'est au requérant de démontrer que « [...] *d'après les principes psychiatriques communément admis à l'époque, un impératif médical [ne] justifiait [pas] le traitement litigieux.* »¹³⁰³. La seule difficulté ne réside plus, dès lors, que dans la démonstration de la nécessité thérapeutique des actes commis, que la Cour déclare vouloir « *convaincante* »¹³⁰⁴. Cependant, elle conclut derechef à l'absence de violation de l'article 3 pour les faits exposés en espèce, alors même que, en premier lieu, elle juge cependant certains d'entre eux « [...] *préoccupant[s]* [...] »¹³⁰⁵ eu égard à leur durée ; que, en second lieu, ces actes ont été considérés, du fait de leur cumul, comme « [...] *revêtu[s] d'un caractère inhumain et dégradant, contribuant même à aggraver l'état du patient* »¹³⁰⁶ par la Commission ; et, pour terminer, qu'elle insiste sur le fait que « [...] *la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelle une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention* [...] »¹³⁰⁷. On peut alors réellement s'interroger sur l'intensité du contrôle de « la nécessité thérapeutique ». Une simple vérification de la conformité aux « [...] *règles reconnues de l[a] science* » médicale semble suffire à délivrer un blanc-seing aux médecins. Assia BOUMAZA relève même que « [...] *l'appréciation concrète du dossier médical à laquelle se livrent les juges européens est limitée à un examen des faits, et non du bien-fondé du diagnostic, ni de l'efficacité*

¹²⁹⁷ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », req. n°10533/83, § 82

¹²⁹⁸ Et cela alors même que l'article 3 CEDH appartient aux rares articles reconnus comme inconditionnels, c'est-à-dire ne souffrant aucune dérogation. Mais la reconnaissance d'une violation dudit article s'appuyant sur une qualification préalable des faits soumis en actes de tortures ou en traitements inhumains ou dégradants, le rejet d'une telle qualification élude la sanction des faits au mobile de l'article 3 CEDH.

¹²⁹⁹ Assia BOUMAZA abonde en ce sens, s'appuyant sur une analyse de la jurisprudence de la Commission, - plus fournie que celle de la Cour Européenne en matière de contrôle de traitements psychiatriques au regard de l'article 3 CEDH-, pour conclure que « [d]*après une jurisprudence constante, la finalité thérapeutique s'oppose à ce que le traitement médical, à lui seul, recouvre l'une des qualifications de l'article 3 alors même qu'il serait inadapté à l'état de santé du malade.* » (A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, pp. 194-195).

¹³⁰⁰ C'est également la question de la dignité humaine en psychiatrie, terme non employé dans l'arrêt mais fondamentalement présent en arrière-plan de la discussion, qui est posée. La notion renvoie alors plus directement au droit interne, l'article L. 3211-3 CSP requérant expressément son respect « *en toutes circonstances* ».

¹³⁰¹ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 82

¹³⁰² Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 82

¹³⁰³ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 83. Cf. à propos de cette charge de la preuve imposée au requérant, qui paraît peu pertinente eu égard aux faits allégués, à la position de chacune des parties par rapport à l'accès aux informations éventuellement utiles, à la difficulté à rassembler des preuves au moment des faits eu égard à la situation du requérant alors etc., la critique de Johan CALLEWAERT, « L'affaire HERCZEGFALVY ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3 ... et vice versa », *RTDH*, 1993, pp. 437-441

¹³⁰⁴ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 82

¹³⁰⁵ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 82

¹³⁰⁶ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 81

¹³⁰⁷ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 82

du traitement prescrit. »¹³⁰⁸. On peut donc parler d'un contrôle restreint mis en place, « [...] la part de subjectivité inhérente à la psychiatrie et l'incompétence des juges à apprécier l'efficacité du traitement dispensé entrav[ant] l'effectivité du contrôle de la Cour [Européenne des Droits de l'Homme] »¹³⁰⁹.

Ce qui vaut pour l'appréciation d'une situation au regard de l'article 3 CEDH peut être étendu à l'appréciation par rapport à toute autre règle de droit. En effet, alors que les cas d'abus avérés sont relativement rares, le juge, quel qu'il soit, se verra soumettre des situations ambiguës, à une époque où aucune doctrine psychiatrique n'est définitivement arrêtée eu égard à la mise en chambre d'isolement et à l'utilisation de la contention¹³¹⁰ et où, enfin, la liberté de prescription s'allie à un état individuel difficilement contestable efficacement après-coup pour empêcher de remettre en cause une prescription. Le motif de la nécessité thérapeutique permettra alors au juge d'éluder une savante et inextricable discussion de spécialistes à propos des traitements psychiatriques, se contentant de vérifier qu'aucune conduite aberrante n'est à reprocher à l'équipe médicale en cause. C'est d'ailleurs le constat posé par Jean-François FLAUSS, qui évoque – pour sa part, sous le vocable d' « [...] une assez large marge d'appréciation [...] » « [...] accordée aux Etats (donc au corps médical psychiatrique) [sic] [...] » – une position européenne rejoignant celle fixée, en droit français, par la loi de 1990. Il est vrai que cette dernière renvoie « [...] au strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur »¹³¹¹ pour établir tout protocole de soin, sans imposer d'encadrement juridique plus contraignant¹³¹². L'évolution de la situation juridique française, avec l'énoncé de recommandations par l'ANAES¹³¹³, depuis 1998, en matière de mise en chambre d'isolement notamment, peut éventuellement servir de guide au juge interne et intensifier son contrôle, surtout dans les unités où de tels protocoles ont été effectivement adoptés et sont dès lors opposables à l'équipe médicale et soignante. Ce contrôle n'en reste pas moins limité par l'appréciation subjective qui doit être faite de chaque situation et qui renverront inexorablement à la « nécessité thérapeutique ».

La dangerosité du patient est également un facteur éminemment subjectif et néanmoins souvent crucial dans le déclenchement des procédures les plus attentatoires aux libertés du malade. Elle a ainsi eu de toute évidence un impact dans l'analyse des pratiques subies par Monsieur HERCZEGFALVY. Elle contribue, plus généralement, à accorder une large marge d'appréciation à l'équipe médicale quant aux mesures à entreprendre et traitements à administrer, et à permettre une motivation plus sécuritaire que réellement thérapeutique de certaines d'entre elles. On remarquera d'ailleurs, à cet endroit, que la loi de 1990 se garde de cantonner l'autorisation de restrictions des libertés individuelles accordées aux soignants à la seule motivation thérapeutique, mais fait référence à l'« état de santé » du patient à côté de « la mise en oeuvre de son traitement »¹³¹⁴, ouvrant ainsi la justification des restrictions à l'état d'agitation et éventuellement de dangerosité du malade, conséquence de ses troubles.

Dans tous les cas, Louis DUBOIS reconnaît l'importance du pouvoir de décision *quasi* discrétionnaire du corps soignant à l'encontre de la liberté individuelle du patient, pour aussitôt en prendre acte. En effet, s'interroge-t-il, « [...] comment pourrait-il en aller autrement ? »¹³¹⁵.

Ce pouvoir des soignants ne parvient pas cependant à étendre son emprise sur l'ensemble des droits fondamentaux des patients hospitalisés sous contrainte. Le droit à la

¹³⁰⁸ A. BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, op. cit., 2002, vol. II, p. 200

¹³⁰⁹ *Idem* p. 205

¹³¹⁰ Comme on l'évoquera *infra* (p. 333 et en particulier note 1526) les avis divergent quant à la réelle utilité de ces pratiques, certains soignants assurant qu'il est possible de s'en passer, quels que soient la personnalité et le profil clinique du patient.

¹³¹¹ Article L. 3211-4 CSP

¹³¹² J.-F. FLAUSS, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit des libertés publiques », *AJDA*, fév.1993, p. 112

¹³¹³ Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé (ANAES)

¹³¹⁴ Article L. 3211-3 CSP.

¹³¹⁵ L. DUBOIS, « La loi du 27 juin 1990 assure t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », dans *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, p. 735

correspondance est ainsi scrupuleusement protégé par le juge interne comme européen, en tant que rare garantie permettant au malade interné de lutter contre d'éventuelles mesures arbitraires. Dans l'arrêt HERCZEGFALVY, la Cour pointe en effet le risque que « [...] *les intéressés se retrouvent souvent à la merci des autorités médicales.* »¹³¹⁶. Un contact avec l'extérieur est primordial dans cette situation. En droit français, ce droit appartient à la liste des sept droits inaliénables reconnus par l'article L. 3211-3 du code de la santé publique aux personnes hospitalisées sous contrainte. Le contrôle du juge se doit donc d'être au moins un contrôle normal et, si l'on en croit la règle, aucune nécessité thérapeutique ou raison assise sur la dangerosité du patient ne devrait pouvoir venir faire obstacle à l'exercice de ces prérogatives individuelles minimales.

Cette interdiction d'ôter les droits inaliénables n'empêche pas le médecin, toujours sur prétexte thérapeutique, de les aménager : ainsi, la loi française autorise le contrôle de la correspondance du patient, sous réserve de quelques exceptions¹³¹⁷.

Par contre, la nécessité thérapeutique retrouve toute sa puissance, justification incontestable juridiquement reconnue au médecin pour limiter voire supprimer temporairement les autres droits –qualifiés de « *friables* » par Gilles LEBRETON – du patient hospitalisé sous contrainte¹³¹⁸.

Le pouvoir médical demeure donc un pouvoir potentiellement fort sur le patient en psychiatrie, et l'on doit constater que ce sont moins des mécanismes proprement juridiques qui amènent une limitation à cette potentialité en puissance que la déontologie du médecin, et dans une moindre mesure le cadre normatif. Ce n'est dans tous les cas pas le phénomène institutionnel qui est pris pour cible d'une recherche de civilisation droit-de-l'homme de l'institution. Sans doute fait-on aujourd'hui confiance à l'humanisme médical, considéré comme intrinsèque à cette profession tournée d'abord sur l'individu. Le monde pénitentiaire ne bénéficie pas du même *a priori*, bien au contraire, et se trouve dès lors à l'heure actuelle davantage bordé par des mécanismes de contrôle et de limitations, jouant cette fois d'abord sur le terrain institutionnel.

§ 2. L'exercice du pouvoir discrétionnaire en prison

L'exercice du pouvoir discrétionnaire est encore une réalité tangible en prison, apanage au premier chef du directeur de l'établissement pénitentiaire, mais une réalité qui n'a pas été épargnée par la remise en cause du modèle de l'institution totale et de ses dimensions absolutistes. Le champ qu'il recouvre tend ainsi à diminuer, la puissance du chef d'établissement est encadrée pour revenir à un équilibre raisonnable entre capacité de gestion, en tenant compte des conditions éventuellement difficiles, et régulation de ce pouvoir, lutte contre les possibilités d'autoritarisme et d'abus de pouvoir (a).

Ce sont pourtant les décisions individuelles qui ont été mises en exergue, durant les dernières décennies, comme la marque la plus évidente du recul du pouvoir discrétionnaire et de l'emprise progressive du contrôle juridictionnel sur cette ancienne chasse gardée du pouvoir administratif, par le biais du recul des mesures d'ordre intérieur. Le juge administratif entre ainsi en scène pour participer à cette chute du paradigme totalitaire en prison. Une action lente qui tend à s'accélérer ces dernières années (b).

¹³¹⁶ Arrêt CEDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY contre Autriche* », préc., § 91

¹³¹⁷ Cf. pour davantage de précisions, nos développements sur le sujet supra à propos des relations du patient avec l'extérieur et infra à propos du contenu et des modalités d'exercice de ce droit à la correspondance.

¹³¹⁸ G. LEBRETON, *Libertés publiques & droits de l'Homme*, Paris, Armand Colin, coll. « U », 5e éd., 2001 (1995), p. 364. On pense notamment à la liberté d'aller et venir du patient, parfois même simplement à l'intérieur de l'unité (cas de mise en chambre d'isolement ou sous contention), à celle de téléphoner ou encore de recevoir des visites. Cf. également A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *op. cit.*, 2004, p. 72.

◇ a) *Le chef d'établissement pénitentiaire, figure emblématique du pouvoir discrétionnaire*¹³¹⁹

C'est pourtant la prison qui reste généralement stigmatisée comme l'ancre par excellence de l'exercice du pouvoir discrétionnaire¹³²⁰. Il est certain que cette forme de pouvoir y demeure d'actualité aujourd'hui, alors même que son histoire, depuis les années 1980 et surtout 1990 est celle de son amenuisement. Mais surtout, il faut souligner que cette persistance continue à être justifiée par la doctrine ou certains commissaires du Gouvernement du Conseil d'Etat¹³²¹. En effet, il paraît nécessaire de conserver à l'autorité administrative une marge d'appréciation propre, lui permettant d'adapter les prescriptions légales et réglementaire aux réalités locales et éventuellement, de réagir efficacement dans l'urgence en cas de problème¹³²². En conséquence, les textes normatifs – à commencer par les dispositions du Code de procédure pénale – dessinant l'organisation de l'activité pénitentiaire et de la vie en détention restent succincts dans leurs directives, ou encore soumettent l'application de la règle exposée aux possibilités matérielles¹³²³. Ainsi le pouvoir discrétionnaire est doté d'un rôle incontestablement important, pour ne pas dire central, au sein de l'activité pénitentiaire, et figure, d'après l'analyse Eric PECHILLON, comme « [...] *une atténuation du principe de légalité, puisque le droit ne dicte pas la conduite à suivre.* »¹³²⁴. Autant dire que la marge de manoeuvre ouverte à l'administration par toutes ces réserves et conditions est importante. Il reste donc interdit à l'autorité administrative de tomber dans l'illégalité en contrevenant aux normes posées ou à la législation en vigueur, mais, dans ce cadre, elle est libre de ses choix. L'exercice du pouvoir discrétionnaire est d'ailleurs enfermé dans un certain nombre de règles. C'est ainsi que Marcel WALINE puis Jean-Claude VENEZIA rappellent que l'intérêt public doit forcément motiver la décision prise et qu'en cas contraire, elle sera entachée d'excès de pouvoir et pourra être annulée¹³²⁵.

Le principal dépositaire de ce pouvoir discrétionnaire reste le chef d'établissement pénitentiaire, à tel point qu'il devient même le symbole, « [...] *la manifestation absolue* [...] »¹³²⁶ de ce pouvoir aux yeux de l'opinion publique. En réalité, s'il garde un pouvoir fort sur une institution qui appelle elle-même, par principe et par tradition, l'exercice d'une discipline ferme qui peut justifier un certain laxisme de la part du juge dans le contrôle de cette domination administrative, le chef d'établissement n'est plus le plénipotentiaire dictatorial des siècles précédents. Un ensemble de textes, à commencer par les articles du Code de procédure pénale, fixent son rôle, son pouvoir et donc les limites de ce dernier¹³²⁷. Il est tenu par un certain nombre de principes fondamentaux, notamment les règles visant le respect de l'être humain, et toute la

¹³¹⁹ Rappelons la recodification du droit pénitentiaire opérée par les décrets n°2010-1634 et 2010-1635 du 23 décembre 2010 qui a modifié la numérotation d'un certain nombre des articles cités dans ce paragraphe sans en toucher la substance.

¹³²⁰ Nous ne nous intéressons ici qu'à la prise en charge des détenus, le rapport entre le personnel et l'administration étant régit par le droit de la fonction publique, incluant ces rapports dans un cadre contentieux classique.

¹³²¹ Chronique de J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le juge administratif et le détenu », *AJDA*, 2008, pp. 128-129 ; E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, pp. 296-297 et p. 317. Mattias GUYOMAR commence à évoquer l'idée d'une disparition à terme de ces mesures, mais son constat à double face l'amène à reconnaître que cette disparition n'est pas encore d'actualité (M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 415).

¹³²² Cette justification, d'essence pratique, est présentée par Jean-Claude VENEZIA comme étant déjà l'analyse doctrinale générale à l'époque de la réalisation de sa thèse. Les auteurs, à l'exception d'André HAURIOU, n'ont pas cherché à théoriser la nature de ce pouvoir discrétionnaire (J.-Cl. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public » n° 17, 1958, p. 151). Etant donné la teneur de nos propos, nous en resterons également à cette approche pragmatique.

¹³²³ Les contraintes architecturales reviennent, par exemple, à plusieurs reprises, expressément, dans les articles du CPP. On peut citer pour illustration l'article D. 459-2 CPP (concernant les équipements sportifs). L'article D. 458 évoque pour sa part « [...] *les nécessités du service, de l'ordre et de la sécurité* [...] » ainsi que « [...] *les conditions matérielles* [...] » (concernant l'accès à la formation professionnelle).

¹³²⁴ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 298.

¹³²⁵ M. WALINE, p. 725 cité par J.-Cl. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, *op. cit.* p. 143 et J.-Cl. VENEZIA lui-même, *idem*, p. 143.

¹³²⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 299.

¹³²⁷ Dans le Code de procédure pénale ne figure pas explicitement une section se rapportant aux missions du chef d'établissement mais il est fait référence à lui en tant qu'autorité de décision ou d'avis dans nombre d'articles se rapportant à l'organisation de la vie dans l'établissement et à l'application des peines.

législation générale, de droit commun, dès lors qu'elle ne rentre pas en contradiction avec des règles expresses du droit pénal, de l'exécution et de l'application des peines et de gestion de la détention.

Ceci dit, c'est bien ce directeur qui s'avère toujours le pivot en matière d'organisation, à la fois législateur, pouvoir exécutif et autorité judiciaire, d'un certain sens, au sein de son établissement. En effet, le Code de procédure pénale lui remet la charge d'établir le règlement intérieur¹³²⁸, la Loi de l'établissement, la première référence juridique pour les détenus dans leur vie quotidienne. Il est également tenu, par essence, de faire appliquer les sentences et les décisions d'application des peines judiciaires ainsi que le droit applicable de manière générale et s'avère un interlocuteur incontournable pour l'usager du service public pénitentiaire. C'est enfin l'autorité de poursuite¹³²⁹, de jugement¹³³⁰ et d'application des peines¹³³¹ en matière disciplinaire, interne à la prison, sachant qu'il peut également décider de mesures de prévention avant jugement similaires à la détention provisoire de la justice pénale ordinaire¹³³².

En outre, non seulement il est doté de pouvoirs propres par le code, mais il peut en sus jouer de son pouvoir subsidiaire d'organisation de son service, en tant que chef d'un établissement administratif, dans les interstices laissées par les règles en vigueur.

Par le biais du règlement intérieur, c'est bien lui qui va donner l'esprit de la politique menée par l'établissement, en fonction de ses convictions adaptées à la réalité à laquelle il est confronté¹³³³ et qui va organiser les moindres aspects de la vie quotidienne, de l'emploi du temps précis de la journée aux activités socio-culturelles proposées ou à l'organisation de la cantine et de ses tarifs¹³³⁴. C'est également lui qui détient le pouvoir de décisions importantes pour les droits du détenu telles que la mise à l'isolement administratif¹³³⁵ ou de « classement » en vue de travailler dans le cadre carcéral¹³³⁶ et qui, devant garantir la sécurité dans son établissement, est toujours à même de décider de l'affectation d'un détenu dans une cellule particulière ou dans des conditions particulières (il peut, par exemple, imposer un nombre de fouilles intégrales plus important pour un détenu qu'il juge particulièrement dangereux, et ce de manière tout à fait

¹³²⁸ Alinéa 2 de l'article D. 255 CPP

¹³²⁹ Alinéa 3 de l'article D. 250-1 CPP

¹³³⁰ Articles D. 250 puis D. 251-6 et D. 251-7 CPP

¹³³¹ Article D. 251-8 CPP

¹³³² Article D. 250-3 CPP

¹³³³ Nous présentons ici la situation telle que l'organisent les textes. Mais dans ce cadre, le directeur peut –et y est même enjoint par la circulaire du 27 décembre 1988 (cf. circulaire AP 88-16 G2 du 27 décembre 1988 (JUSE 88 40070 C) « Règlements intérieurs des établissements pénitentiaires », *BOMJ* n°32, 1988, p. 119) - prendre avis des différents groupes de pression et intervenants au sein de la détention afin de poser des règles plausibles, applicables en fonction des conditions matérielles de l'établissement spécifiquement visé, et auxquelles chacun sera d'autant plus réceptif qu'il aura participé à son élaboration. Le groupe des surveillants, exécuteurs au quotidien de cette règle dans ses aspects les plus terre-à-terre est le premier groupe visé, mais la consultation peut être élargie aux différents intervenants « professionnels ou institutionnels » (instituteurs, aumôniers, médecins etc.) ainsi qu'aux détenus, dans la mesure du possible. Mais, dans ce dernier cas, si la circulaire insiste sur le caractère pédagogique qu'une telle consultation pourrait revêtir, elle reconnaît le risque plus important de corruption de la manoeuvre par des phénomènes tels que le caïdat ; en conséquence, elle en reste au stade de la simple recommandation pour la consultation concernant la population pénale. On retrouve ce statut de simple avis recueilli auprès des personnels dans le cadre du nouvel article R. 57-6-18 issu du nouveau décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010, aucune mention n'est faite de la consultation des détenus.

¹³³⁴ Cf. notamment l'article D. 247 CPP et la circulaire AP 88-16 G2 du 27 décembre 1988 (JUSE 88 40070 C) « Règlements intérieurs des établissements pénitentiaires », *BOMJ* n°32, 1988, pp. 111-128, ainsi que, de manière plus spécifique pour la cantine, l'article D. 344 CPP et les numéros 184 à 186 du *Répertoire pénal Dalloz*, 2009, p. 34. La circulaire du 27 décembre 1988 précise que toutes les autorisations et interdictions qui relèvent de la propre responsabilité du chef d'établissement et qui touchent à des détails extrêmement matériels de la vie en détention telles que l'utilisation de thermo-plongeurs, de rallonges électriques ou de consoles de jeux en cellule, ou bien le nombre de livres pouvant être empruntés à la bibliothèque doivent également figurer dans le règlement intérieur.(circulaire AP 88-16 G2 du 27 décembre 1988, *BOMJ*, n° 32, 1988, p. 114). Ce pouvoir concernant la rédaction et le contenu du règlement intérieur est réinscrit au nouvel article R. 57-6-18 CPP : c'est bien à lui d'« [...] adapte[r] le règlement intérieur type applicable à la catégorie dont relève l'établissement qu'il dirige en prenant en compte les modalités spécifiques de fonctionnement de ce dernier [...] ».

¹³³⁵ Article D. 283-1-5 CPP

¹³³⁶ Cf. *Répertoire pénal Dalloz*, 2009, p. 32, n° 171

discrétionnaire) ou tout type de mesure visant à la bonne marche de l'établissement. Il va encore pouvoir appuyer des demandes de permissions de sortir, de changements d'affectation et toute mesure d'aménagement de peine favorable au détenu, son avis étant généralement prépondérant, considération prise de la connaissance que l'on estime que lui-même – ou l'équipe administrative qu'il représente – a des détenus qu'il est chargé de garder.

Non seulement l'étendue de ses pouvoirs se révèle ainsi particulièrement ample, mais l'intensité de son autorité, qui se doit, étant donné le type d'établissement dans lequel il oeuvre et le public auquel il est confronté, d'être particulièrement affirmée, amène à le doter de pouvoirs exorbitants par rapport aux autres chefs de service dans des administrations civiles. Ainsi, si la technique des notes de service est d'utilisation classique au sein de l'administration et n'est donc pas l'apanage de ce seul chef de service qu'est le directeur de prison, le pouvoir de prendre des décisions importantes pour la vie du détenu et pourtant non contrôlables par le juge lui est encore reconnu, ce qui, cette fois, dépasse les frontières du simple pouvoir d'organisation de son service par le chef de service.

◇ **b) Les décisions individuelles : le recul massif du pouvoir discrétionnaire**

Le dernier degré de normativisation de l'institution touche les décisions individuelles. La prison reste sur ce point classiquement présentée comme « [...] *l'un des domaines d'élection des mesures d'ordre intérieur* »¹³³⁷, et ce malgré la révolution qu'elle connaît en ce domaine depuis une quinzaine d'années. La formule est célèbre, « [l']*histoire des mesures d'ordre intérieur est [en effet] [...] celle de leur déclin* »¹³³⁸. Si cette assertion se confirme pour la définition contentieuse de la mesure d'ordre intérieur, elle ne concerne pas l'acception fonctionnelle de la notion (1).

Dans tous les cas, la remise en cause intégrale de la mesure d'ordre intérieur, même prise dans son acception contentieuse, reste limitée mécaniquement par la nature du contrôle juridictionnel dont elle est l'objet de la part du juge administratif (2).

■ 1. La mesure d'ordre intérieur, entre déclin et maintien

Il est évident que le droit administratif revient de loin dans ce domaine et que cette évolution est le fruit de deux facteurs : en premier lieu, un long travail de sappe ourdi par la doctrine et quelques commissaires du Gouvernement convaincus¹³³⁹, auquel s'allie, en second lieu, une réflexion chez le juge administratif sur le discrédit des arguments classiquement avancés pour défendre le maintien de ce type de mesures qui rendent inaccessible au contrôle du juge la vie interne de l'institution régalienne pénitentiaire. Cette ancienne attitude signifiait en effet accepter « [...] *le maintien, sinon d'un état de non-droit, du moins d'un état de droit limité* [...] » réservé à cette institution¹³⁴⁰. Or, plus aucun de ces commissaires du Gouvernement –

¹³³⁷ M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 413

¹³³⁸ *Idem* p. 413

¹³³⁹ Il faut saluer à ce sujet le travail de Bruno GENEVOIS, Patrick FRYDMAN et plus récemment de Mattias GUYOMAR ou Claire LANDAIS, sans oublier des commissaires moins célèbres mais néanmoins actifs dans les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. Patrick FRYDMAN imprime à ses conclusions un rare emportement, estimant que « *la constance et la fermeté avec laquelle vous [le Conseil d'Etat] avez ainsi écarté jusqu'à ce jour toute forme de recours contre les actes en cause masquent mal, à la vérité, la faiblesse des justifications théoriques de cette jurisprudence* » et insistant : « *Cette fragilité se trouve d'ailleurs mise en lumière par le caractère éminemment elliptique de la motivation adoptée par les arrêts rendus en la matière [...]* ». (P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 1/ M. Pascal MARIE 2/ M. Philippe HARDOUIN », *RFDA*, 1995, p. 354). Franck MODERNE avait fait la même remarque dans sa note sous l'arrêt « *Alain CAILLOL* » (F. MODERNE, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale. », *op. cit.*, 1984, p. 189)

¹³⁴⁰ J.-M. AUBY, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », *RDP*, 1987, p. 548. Et ainsi, en effet, le juge administratif a déclaré le principe de l'irrecevabilité de la requête à propos de mesures de transfert d'un détenu et du retrait d'un régime spécial de détention (deux arrêts CE, 8/12/1967, « *Sieur KAYANAKIS* », req. n° 69.544, *Rec. Lebon*, 1967, pp. 475-476 et même jour, « *Sieur CASTELLAN* », req. n° 70.236, cité au « *Recueil Lebon* », 1967, p. 476), pour une décision émanant du ministre de classer un détenu sur le fichier des « *Détenus Particulièrement Signalés* » (DPS) (arrêt CE, 12/11/1986, « *M. WINTERSTEIN* », req. n° 62.622, 62.623 et 62.624) ou concernant une décision de placement en « *quartier de haute sécurité* » (arrêt CE Ass., 27/1/1984, « *Alain CAILLOL* », *Rec. Lebon*, 1984, p. 28), persistant dans la position précédemment exposée à propos de

rejoignant, sur ce point, la majorité de la doctrine – n'admet encore l'invocation de l'adage « *De minimis non curat praetor* » – « [e]n prison, rien n'est vénial » comme le fait remarquer, lapidairement, Mattias GUYOMAR, en 2007¹³⁴¹ – ou celle de la crainte de l'engorgement du rôle des juridictions administratives par des requêtes éventuellement abusives – argument, dont, il faut bien l'avouer, la simple formulation, par le personnage dont la fonction même est de se poser en gardien du droit et protecteur des droits et garanties des individus enfermés, paraît à tout le moins surprenante. Patrick FRYDMAN dénonçait ainsi, dans ses conclusions sur l'arrêt « *MARIE* », ces justifications comme « [...] *des considérations ayant historiquement conduit à votre jurisprudence actuelle* [il parle à l'assemblée contentieuse du Conseil d'Etat en 1995] » qui ne pouvait, en aucun cas, se voir reconnaître le statut de « *justification théorique incontestable* » mais devaient être ravalées au rang qui était le leur, de simple « *jurisprudence d'opportunité, plutôt que de droit* »¹³⁴². Une critique engagée par Jean-Marie AUBY, dès 1987, dans des termes encore plus virulents¹³⁴³.

Il s'agit d'être clair : aucun de ces auteurs, et ils le précisent expressément, ne milite cependant pour une disparition pure et simple de la catégorie des mesures d'ordre intérieur ; ils lui reconnaissent tous une utilité dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir qui doit rester particulièrement ferme et réactif¹³⁴⁴. Simplement, ils travaillent à la protection d'un minimum de

sanctions infligées à un détenu (arrêt CE, 28/7/1932, « *Sieur BRUNAUX* », req. n°15.926, *op. cit.*, 1932, p. 816). Voir aussi l'arrêt considéré comme la décision de référence pour considérer les sanctions disciplinaires envers les détenus comme des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours pour excès de pouvoir car qualifiant de manière globale toutes les sanctions disciplinaires comme telles (le juge se prononce en effet dans cet arrêt sur la validité du décret du 23 mai 1975 afférant, entre autres, à l'organisation de la discipline en prison) : CE, 4/5/1979, « *Comité d'action des prisonniers* », req. n°00.096-00.218, *Rec. Lebon*, 1979, p. 182-185) ou concernant l'interdiction de communiquer avec une oeuvre de patronage des détenus (arrêt CE, 2/3/1938, « *Sieur ABET* », *Rec. Lebon*, 1938, p. 224). Il faut en outre réinscrire ces décisions donnant lieu à l'invariable position eu égard à leur qualité de mesure d'ordre intérieur contentieuse dans un contexte de rareté des recours formés par les détenus.

¹³⁴¹ M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU* » (1ère espèce) et « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/M. BOUSSOUAR* » (2e espèce) », *RFDA*, 2008, p. 88

¹³⁴² P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions [sur CE, 17/2/1995, « *M. Pascal MARIE* »] » *op. cit.*, *RFDA* 1995, p. 355. Il y ajoutait, pour emporter la conviction de l'Assemblée du Conseil d'Etat le singulier paradoxe dans lequel cette acception de la théorie des mesures d'ordre intérieur plaçait le juge administratif : reconnu par le Tribunal des Conflits comme compétent à contrôler le fonctionnement du service public pénitentiaire depuis sa décision « *Dame FARGEAUD d'EPID* » du 22/2/1960 (*Rec. Lebon*, 1960, p. 855), il se dédit immédiatement lui-même de cette fonction et ce pour « *un motif de principe* » (P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions [sur CE, 17/2/1995, « *M. Pascal MARIE* »] », *op. cit.*, *RFDA* 1995, p. 364), ôtant toute effectivité à la compétence juridictionnelle et créant ainsi un véritable déni de justice selon les propres termes de Louis FAVOREU (L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 61, 1964, pp. 500-502).

¹³⁴³ L'auteur reprend cette idée d'opportunité de l'irrecevabilité comme critère décidant de sa déclaration ou non à MM. LASSERRE et DELARUE, qui l'avaient pour leur part évoquée à propos du pouvoir discrétionnaire dans l'institution scolaire dès 1982 (note sous l'arrêt CE, 15/10/1982, « *Ministère de l'Education Nationale contre Epoux RODE* », *AJDA*, 1982, pp. 698 et s.). Pour sa part, Jean-Marie AUBY est limpide : « *La plupart des auteurs s'accordent à voir dans cette jurisprudence l'expression d'une politique d'opportunité administrative. L'irrecevabilité des recours, contraire aux principes de l'Etat de droit, n'a aucun fondement théorique et ne peut se réclamer d'aucun principe juridique. En réalité, le juge écarte ou limite le recours pour éviter le développement du contentieux dans des services où le maintien de la discipline est particulièrement nécessaire. Il s'agit d'éviter notamment que des détenus, pouvant facilement accéder à des conseils juridiques puissent, pour des raisons plus ou moins sérieuses, attaquer les mesures les concernant et compromettre la discipline nécessaire des établissements pénitentiaires.* » (J-M. AUBY, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », *op. cit.*, 1987, p. 569)

¹³⁴⁴ Ainsi, Patrick FRYDMAN précise bien qu'il sera « [...] tout-à-fait possible de maintenir l'irrecevabilité des recours dirigés contre celles [des] sanctions qui comportent les effets les moins graves » (P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions [sur CE, 17/2/1995, « *M. Pascal MARIE* »] », *op. cit.*, 1995, p. 355) et propose à l'Assemblée contentieuse de cantonner « [...] la possibilité de contester de telles mesures aux seules sanctions qui, de par leur nature et leur gravité, rendent un tel contrôle effectivement nécessaire au regard des diverses considérations précédemment exposées ». (*ibidem*, p. 366). Quant à Jean-Marie AUBY, il juge dans tous les cas « [...] dangereux d'autoriser sans limite l'exercice du recours pour excès de pouvoir contre les mesures faisant grief. » (J-M. AUBY, « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », *op. cit.*, 1987, p. 569). Quant à Franck MODERNE, il consent que « [...] l'on imagine très mal, [...] que ne subsistent pas des sphères de pouvoir abandonnées à l'autorité administrative. Personne n'a d'ailleurs jamais demandé la suppression totale des mesures d'ordre intérieur ». (F. MODERNE,

droits du détenu, le changement des mentalités amenant à considérer le détenu comme un citoyen en puissance, détenteur, déjà, d'un statut juridique propre, comme le faisait remarquer le commissaire du Gouvernement GENEVOIS dans ses conclusions contraires sur l'arrêt « CAILLOL » en 1984¹³⁴⁵. Et cette reconnaissance effective passe par la reconnaissance d'un droit au juge¹³⁴⁶.

En conséquence, Patrick FRYDMAN a fait admettre à l'Assemblée contentieuse du Conseil d'Etat un double critère reposant sur la gravité de l'atteinte portée par les mesures aux droits de l'intéressé ; nature et gravité de la mesure sont ainsi désormais contrôlées par rapport à cette considération essentielle : les droits ou libertés de l'individu enfermé¹³⁴⁷. Reste à s'entendre sur la délimitation des deux critères, le Conseil d'Etat se montrant finalement peu conciliant avec les détenus eu égard à sa définition de l'aggravation de la situation du prisonnier et considérant notamment, dans un premier temps, qu'une mise à l'isolement non disciplinaire « [...] qui n'a pas pour effet d'aggraver les conditions de détention, n'[était] pas, par nature, susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de la personne qui en est l'objet » ; en conséquence, elle constituait une mesure d'ordre intérieur insusceptible de recours pour excès de pouvoir¹³⁴⁸. Face à un tel verdict, on a pu se demander si le juge administratif savait réellement ce qu'était la prison¹³⁴⁹. Il refuse de la même manière de contrôler un refus d'acheminement de courrier entre deux codétenus¹³⁵⁰, une décision de transfert d'un détenu d'une maison d'arrêt à une autre¹³⁵¹, une mise en cellule disciplinaire à titre préventif¹³⁵².

« Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », op. cit., 1984, p. 190) et encore à l'heure actuelle, Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU et Julien BOUCHER estiment qu'« [...] il n'est pas nécessairement souhaitable que [les mesures d'ordre intérieur] disparaissent totalement de l'univers carcéral. » (J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le juge administratif et le détenu », op. cit., 2008, p. 129)

¹³⁴⁵ Cf. ce qu'en rapporte Franck MODERNE dans sa note sur l'arrêt « CAILLOL », *préc.*, RFDA 1984, p. 193

¹³⁴⁶ Cette avancée jurisprudentielle est également largement impulsée par l'état du droit européen et les exigences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, une fois sa jurisprudence installée, a commencé à répondre favorablement aux requêtes de requérants détenus en France, sanctionnant à plusieurs reprises depuis le début des années 2000 l'Etat français notamment au titre des articles 3, 6 et 8. Patrick FRYDMAN arguait de ces exigences européennes au titre d'Epée de Damoclès, Mattias GUYOMAR doit constater ces premières sanctions (cf. P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. », op. cit., 1995, pp. 359-361 et tout spécialement p. 361 et M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « M. PLANCHENAULT » et « M. BOUSSOUAR » », op. cit., 2008, pp. 90-91).

¹³⁴⁷ Il faut relever que ce revirement de jurisprudence s'opère, en outre, sur le bastion du pouvoir discrétionnaire dans le cadre pénitentiaire : la sanction disciplinaire. La dimension symbolique est forte, de déposséder le pouvoir administratif de son pouvoir absolu en tant qu'autorité judiciaire. La « détotalitarisation de la prison », pour reprendre l'expression de Jean-Charles FROMENT (J.-Ch. FROMENT, « Vers une prison de droit ? », RSC, 1997, p. 537), est ainsi doublement en marche. La taille de l'enjeu a de toute évidence donné d'autant plus de notoriété à un arrêt qui s'inscrit malgré tout dans un revirement larvé opérant par « impressionnisme » ou « pointillisme » -les commissaires du Gouvernement sont friands de métaphores parlantes issues de l'histoire de l'art- depuis le début des années 1980. En effet, alors que le principe restait « l'injusticiabilité des mesures pénitentiaires » (M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « M. PLANCHENAULT » et « M. BOUSSOUAR » », op. cit., 2008, p. 88), le juge administratif a accepté de contrôler le refus de respecter le principe du secret de la correspondance entre un détenu et son avocat (CE, 12/3/1980, « CHS de Sarreguemines », *Rec. Lebon*, 1980, p. 141), le refus de restituer de l'argent bloqué sur le compte d'un détenu (CE, 3/11/1989, « M. PITALUGUE », req. n°85.424, *Rec. Lebon*, 1989, tables, p. 772) ou l'interdiction de recevoir des publications concernant des armes (CE, 10/10/1990, « Garde des Sceaux c/ M. HYVER », req. n°101168).

¹³⁴⁸ Arrêt CE, 28/2/1996, « Michel FAUQUEUX », req. n° 106582, *Rec. Lebon*, 1996, p. 52.

¹³⁴⁹ D'ailleurs, la difficulté à saisir cette culture carcérale et surtout le véritable impact de toute mesure prise dans ce milieu a été relevée par Bruno GENEVOIS dans ses conclusions sur l'affaire « CAILLOL » tandis que le Commissaire du Gouvernement TUOT reconnaissait, dans ses conclusions sur l'affaire « THERON c/ Garde des Sceaux, Ministre de la Justice » (CE Ass., 9/11/1990, req. n°101168) que « [...] ce n'est pas le métier du juge administratif de connaître des peines infligées aux hommes. [Il n'en a] ni l'habitude ni les moyens » (cité par E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 326). Monsieur PECHILLON partage ces analyses, jugeant « [u]ne connaissance spécifique du milieu carcéral [...] indispensable pour apprécier les conséquences disproportionnées d'une sanction ou la gravité d'un comportement », en dépit de laquelle le juge administratif se trouve effectivement « [...] souvent particulièrement démuné pour apprécier l'importance des situations de fait qui [peuvent et] pourront lui être soumises ». (E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 362).

¹³⁵⁰ Arrêt CE, 8/12/2000, « M. FREROT », req. n°162995, *Rec. Lebon*, 2000, p. 589

¹³⁵¹ Arrêt CE, 23/2/2000, « M. GLAZIOU », req. n°155607, [en ligne], Légifrance

Cependant, « *un nouvel élan jurisprudentiel* », comme a pu le qualifier Mattias GUYOMAR¹³⁵³, a été donné par l'arrêt « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Saïd REMLI* » du 30 juillet 2003¹³⁵⁴, qui affirme le caractère complémentaire et non cumulatif des deux critères de 1995 et prend désormais aussi en compte, au-delà des seules modifications dans la situation juridique du détenu, l'impact de la mesure sur ses conditions matérielles de détention. C'est ainsi sous l'empire de la jurisprudence *MARIE-REMLI*¹³⁵⁵, comme se plaît à la dénommer le Commissaire du Gouvernement GUYOMAR, que s'est résolu, de manière parfois anarchique¹³⁵⁶ tant la délimitation des critères était incertaine, le contentieux des mesures d'ordre intérieur durant cinq ans, avant de connaître une nouvelle avancée constructive par deux arrêts du 14 décembre 2007¹³⁵⁷.

Dans ces deux décisions, le Conseil d'Etat, une nouvelle fois réuni en Assemblée, décide en effet de clarifier l'état du droit et d'endiguer l'insécurité juridique provoquée par l'imprévisibilité des solutions¹³⁵⁸, en validant la « *grille de lecture* » proposée par son Commissaire du Gouvernement applicable désormais à toute décision potentiellement qualifiée de mesure d'ordre intérieur qui serait soumise à la juridiction administrative : la jurisprudence *MARIE-REMLI* a fait évoluer les deux critères complémentaires en, d'un côté la nature de la mesure, de l'autre ses effets sur la situation des détenus, le juge restant le seul détenteur du pouvoir d'apprécier si les deux critères doivent être exigés cumulativement ou si un seul des deux suffit, cela dépendant de l'affaire en cause¹³⁵⁹. Le commissaire du Gouvernement affine chacun des critères, en appelant à diviser le premier en trois « *séries d'éléments* »¹³⁶⁰, renvoyant à la qualité intrinsèque de ladite mesure : « [...] *son objet, [...] son caractère et, le cas échéant, [...] son statut juridique* »¹³⁶¹ ; le second est divisé en deux séries de considérations, renvoyant « [...] *aux conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner* »¹³⁶² : l'appréciation de la gravité de la mesure sur les plans juridique et matériel, c'est-à-dire les conditions de détention. Comme le souligne le commissaire du Gouvernement, il ne s'agit donc pas de renoncer à la ligne jurisprudentielle précédente mais bien simplement d'en prolonger la logique, en en délimitant

¹³⁵² Arrêt CE 12/3/2003, « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. FREROT* », req. n°237437, *Rec. Lebon*, 2003, p. 121 ; *AJDA*, 2003, pp. 1271 et s., concl. T. OLSON ; *RFDA*, sept.-oct. 2003, pp. 1012-1015

¹³⁵³ M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, p. 414

¹³⁵⁴ CE, 30/7/2003, « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. Saïd REMLI* », req. n° 252712, préc.

¹³⁵⁵ M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU*LT » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, p. 89

¹³⁵⁶ Ainsi, Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU et Julien BOUCHER notent que « [l]a frontière tracée par la jurisprudence entre les mesures d'ordre intérieur et les décisions susceptibles d'être soumises au contrôle du juge n'a [...] eu de cesse d'être déplacée au cours des dernières décennies. A tel point d'ailleurs qu'elle avait fini par se brouiller, comme en témoignent les divergences d'interprétation que manifestent nombre de jugements et d'arrêts rendus par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. » (J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le juge administratif et le détenu », *op. cit.*, 2008, p. 128). Et on peut prendre pour preuve les deux décisions de cour administratives d'appel, objets de l'attention du Conseil d'Etat le 14 décembre 2007, qui ont adopté précisément « deux positions à front renversé » en matière de recevabilité de la requête, pour reprendre les termes du Commissaire du Gouvernement : au-delà du fait que l'une a retenu la qualification de mesure d'ordre intérieur tandis que l'autre a accepté la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, Mattias GUYOMAR oppose surtout « [...] l'approche systématique et purement juridique [...] » de l'une à « [...] la démarche casuistique et concrète [...] » de l'autre (M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU*LT » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, pp. 87-88)

¹³⁵⁷ Arrêts CE, 14/12/2007, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. BOUSSOUAR* », req. n° 290730 et « *M. PLANCHENAU*LT », req. n° 290420.

¹³⁵⁸ Mattias GUYOMAR en appelle également au respect du principe d'égalité entre les citoyens, rompu par l'hétérogénéité de cette « *jurisprudence mouvante* » (expression faisant écho à l'article de F. FOURNIER et E. MASSAT, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale : observations sur une jurisprudence mouvante » *Recueil Dalloz*, 2006, pp.1352-1356) (M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU*LT » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, p. 88)

¹³⁵⁹ M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU*LT » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, p. 93

¹³⁶⁰ *Idem*, p. 93

¹³⁶¹ *Idem*, p. 93

¹³⁶² M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU*LT » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, p. 94

nettement les effets¹³⁶³ et de la conforter par une systématisation de l'appréciation du juge, qui troque son ancienne appréciation casuistique, individuelle de la recevabilité des requêtes contre une analyse par catégorie de mesures.

L'idée est, en arrière-plan, d'établir deux régimes juridictionnels différents selon que la catégorie de mesures sera considérée comme appartenant à l'ensemble des mesures d'ordre intérieur ou à celui des mesures susceptibles d'être déférées devant le juge de l'excès de pouvoir : une catégorie appartenant au second ensemble sera frappée d'une présomption irréfragable quant à la recevabilité du recours tandis qu'une catégorie appartenant au premier ne bénéficiera que d'une présomption simple d'insusceptibilité de recours. En conséquence, si il devient impossible de voir une mesure appartenant au second ensemble être rejetée par le juge comme insusceptible de recours, il sera toujours possible pour une mesure appartenant au premier ensemble de se voir ouvrir un recours pour excès de pouvoir dans le cas où des droits fondamentaux de détenus seraient en cause. Le spectre des mesures pouvant accéder au contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne s'en trouve qu'élargi et le Conseil d'Etat met ainsi un point d'honneur à ce que les droits et garanties du détenu bénéficient désormais d'une véritable et inexorable protection juridictionnelle, mais sous réserve que « [...] *la décision litigieuse porte* [à ces droits ou libertés] *une atteinte qui excède ce qu'implique nécessairement la condition du détenu* »¹³⁶⁴.

Dans tous les cas, un tel système permet d'affirmer que désormais « *il n'existe plus, dans la jurisprudence administrative, d'absolue immunité juridictionnelle* »¹³⁶⁵ : certes, au terme du contrôle primaire sur la recevabilité de la requête, la mesure peut être renvoyée dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur par le juge et ainsi, essuyer un refus de faire l'objet d'un contrôle au fond, mais dans tous les cas, le juge aura vérifié qu'il n'y avait pas lieu (c'est-à-dire qu'il n'y avait pas d'illégalité, d'arbitraire excessif par rapport à l'objectif légitime poursuivi dans le cadre d'une peine de prison) de contrôler. Sans compter qu'avec la reconnaissance de « *la notion de libertés et droits fondamentaux des détenus* »¹³⁶⁶ réutilisée dans le cadre des conclusions sur les décisions du 14 décembre 2007 mais déjà bien ancrée dans le droit administratif concernant cette frange de la population, le droit des détenus pénètre définitivement dans le droit commun : protégés comme tout justiciable français par l'article 13 de la CEDH quant à leur droit au recours juridictionnel notamment en ce qui concerne leurs droits premiers¹³⁶⁷, contenus dans les articles 3 et 8 de la CEDH, les prisonniers avaient pu voir cette notion propre à leur groupe être reconnue par le législateur dans la loi du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux privatifs de liberté et, auparavant, être admise dans le cadre des référés-libertés soumis au

¹³⁶³ *Idem*, p. 92 et M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *op. cit.*, 2009, p. 414

¹³⁶⁴ M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *op. cit.*, 2009, p. 414

¹³⁶⁵ *Idem*, p. 414. Et ainsi voit-on progressivement le champ des mesures d'ordre intérieur s'éteindre au fil de nouvelles décisions juridictionnelles : deux étapes importantes ont encore été franchies en 2008 avec en premier lieu, l'annulation des dispositions du Code de procédure pénale organisant le régime de la mise à l'isolement judiciaire qui, bien qu'ordonnée par un magistrat judiciaire, doit pouvoir faire l'objet d'un recours. Or c'était bien toute la lacune, censurée ici par le juge administratif, que l'inexistence de ce recours (arrêt CE, 31/10/2008, « *Section française de l'OIP* », req. n°293785, *RFDA*, 2009, pp. 85-87) ; en second lieu, le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence « *FREROT* » du 12 mars 2003 précitée en excluant les mesures d'isolement prises à titre préventif ou provisoire du champ des mesures d'ordre intérieur. La courte durée de ces mesures -n'excédant pas 48 heures- est inopérante : le juge doit pouvoir contrôler le bien-fondé de cette mesure, mais au cas par cas, devant mener un contrôle de proportionnalité entre ladite mesure et le comportement de l'intéressé (arrêt CE, 17/12/2008, « *Section française de l'OIP* », n° 293786, *AJDA* 2008, p. 2364, note M.-Ch. de MONTECLER ; *AJP* 2009, pp. 87-88, note J.-P. CERE)

¹³⁶⁶ *Idem* p. 415

¹³⁶⁷ La France s'est d'ailleurs fait condamner également au titre de cet article dans l'arrêt « *KHIDER c/ France* » du 9/7/2009 précité, concernant le contrôle des décisions de fouilles intégrales, encore considérées comme des mesures d'ordre intérieur par le juge administratif (TA Nantes, 18/6/2008, cité par la Cour EDH, § 144, mais aussi CE, 8/12/2000, « *G. MOUESCA* », req. n° 176389 [en ligne], Légifrance et « *M. FREROT* », req. n°162995 (préc.), commentés dans J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, « Actualité de droit de l'exécution des peines », *Recueil Dalloz*, 2002, Chron., p. 111-112) . Or la Cour a jugé nécessaire une possibilité de recours contre cette décision attentatoire à des droits fondamentaux des détenus protégés par la Cour EDH.

juge administratif sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de Justice Administrative¹³⁶⁸.

C'est ainsi un changement de paradigme qui s'opère sur le plan contentieux, puisque, comme l'analyse Mattias GUYOMAR, « [...] *on passe désormais par la nature du droit affecté pour en déduire les voies de recours existantes. [L]es décisions [portant sur l'atteinte à des droits fondamentaux de détenus et adoptées depuis 2005] soulignent le passage d'une approche de la notion de mesure d'ordre intérieur strictement adossée à la nature de l'acte, à une logique fondée sur la nature du droit affecté.* »¹³⁶⁹. Le changement de paradigme joue également sur l'approche faite par la doctrine, commissaires du Gouvernement compris, de l'élargissement de ce contrôle : loin de mettre en danger la police interne de l'établissement pénitentiaire, il permet de renforcer la légitimité des décisions prises en son sein¹³⁷⁰. L'appréciation et le maintien du « [...] *juste équilibre entre la nécessaire prise en compte des spécificités et des contraintes du monde carcéral et la garantie des droits des détenus* »¹³⁷¹ ne pourra être mieux établi que par un acteur impartial et attentif tel que le juge.

Face à l'anéantissement de la dernière justification solide de l'existence de la mesure d'ordre intérieur au sein de l'institution pénitentiaire, certains prévoient déjà sa disparition¹³⁷². Une telle assertion s'assied cependant sur une définition contentieuse de la mesure d'ordre intérieur. Il semble au contraire improbable que l'administration puisse se passer des mesures d'ordre intérieur définies dans le cadre d'une acception fonctionnelle et instrumentale du terme, acte permettant l'organisation et la police interne au sein d'un service. Rappelons en effet que nous sommes partis du principe, dans notre deuxième chapitre, que la mesure d'ordre intérieur est la manifestation juridique, de l'existence d'un ordre intérieur défini comme « *phénomène social spontané et autonome lié à la nature institutionnelle et à la finalité d'un service public ou d'une institution.* »¹³⁷³. Cet ordre intérieur nécessite, en effet, pour survivre, la génération de règles autonomes, qui lui sont propres et organisent le fonctionnement du service. Traditionnellement discrétionnaires, émanation du pouvoir d'organisation spontané du chef de service et propre au chef d'établissement dans le cadre bien spécifique de l'institution pénitentiaire, ces règles – aussi bien décisions individuelles qu'actes réglementaires – connaissent une généralisation progressive de leur contrôle par le juge de l'excès de pouvoir. Cette modification de leur régime contentieux ne les dénature pas pour autant, contrairement à ce qui se produit dans le cas d'une acception contentieuse de la notion¹³⁷⁴. En conséquence, dans notre cadre d'approche, les mesures d'ordre intérieur perdent une part de leur caractère

¹³⁶⁸ Cf. les jugements rendus en référé, par exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005, « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. BUNEL* » à propos du consentement aux soins médicaux (*Rec. Lebon*, 2005, p. 388).

¹³⁶⁹ M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *op. cit.*, 2009, p. 415

¹³⁷⁰ E. PECHILLON, « Mesure d'ordre intérieur et réglementation par voie de circulaire », *op. cit.*, 2003, p. 1586. Cf. également M. GUYOMAR, « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU* » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, pp 100-101 et D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDP*, 2005, n°3-2005, p. 624

¹³⁷¹ M. GUYOMAR, « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *op. cit.*, 2009, p. 415

¹³⁷² *Idem*, p. 415. Déjà Pascal COMBEAU proposait la suppression de la notion de mesure intérieure, au sens contentieux du terme, pour toutes les décisions individuelles qui, faisait-il remarquer, « [...] [ont] *toujours un effet sur la situation juridique du requérant quelles que soient son importance et sa gravité* » (P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration*, *op. cit.*, 2000, p. 506). Il s'appuyait sur ce point sur les analyses de Gilles LEBRETON, dans sa note sous l'arrêt « *KHEROUAA* » : « [...] *devraient à l'avenir être considérées comme des actes administratifs unilatéraux (décisions faisant grief) toutes les prétendues mesures d'ordre intérieur qui, empiétant sur la fonction administrative pèsent arbitrairement sur les usagers des services publics notamment les décisions individuelles.* [...] » (G. LEBRETON, note sous l'arrêt CE, 2/11/1992, « *KHEROUAA* », *Les Petites Affiches* du 24 mai 1993, n°62, p. 8)

¹³⁷³ D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *op. cit.*, 2005, p. 603. Cette définition suit la trace de Jean RIVERO, Maryvonne HECQUARD-THERON et plus récemment Pascal COMBEAU.

¹³⁷⁴ Cette acception est pourtant la plus répandue, non seulement chez les commissaires du Gouvernement successifs, mais en premier lieu chez nombre d'auteurs illustres, à commencer, bien entendu, par le Président ODENT (R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Tome I, rééd. 2007, pp. 784-788). Cf. également R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 11e éd., 2004, pp. 558 et s (n° 670 et s.)

exorbitant qui pouvait effectivement contribuer à les caractériser mais demeurent néanmoins une source de droit, au sein de l'institution ou du service public pénitentiaire, non-négligeable et manifestant un pouvoir administratif fort. David BOUJU démontre même au terme d'une longue analyse, qu'elles peuvent être considérées comme des actes administratifs décisifs, posant des prescriptions obligatoires pour le détenu et juridiquement sanctionnées, en un mot, de véritables actes normatifs¹³⁷⁵.

Mais au-delà de la recevabilité de la requête, et dans un système où les cas d'irrecevabilité au motif de la nature de mesure d'ordre intérieur de l'acte déféré tendent à s'amenuiser, il s'agit de s'intéresser à l'étendue du contrôle.

■ 2. La nature et l'étendue du contrôle opéré par le juge administratif

Puisque ce contrôle existe, il devra, dans la plus grande majorité des cas, rester restreint, nature de la mesure et place stratégique dans le fonctionnement de l'établissement pénitentiaire obligent. On retrouve ainsi le glissement qui s'est opéré à la fin du XIXe et au début du XXe siècle depuis l'acte de pure administration vers le contrôle du pouvoir discrétionnaire¹³⁷⁶. Il semble effectivement nécessaire que le pouvoir discrétionnaire reconnu au chef d'établissement garde une latitude d'action et une souplesse suffisantes pour être efficaces. Et il est incontestable qu'un pouvoir doté de cette caractéristique est nécessaire au sein de l'institution carcérale. Dès lors, comme l'explique David BOUJU, « *c'est [...] par l'étendue de son contrôle que le juge va manifester sa volonté de contrôler la légalité tout en s'adaptant aux contraintes qui pèsent sur le service public pénitentiaire [...]* »¹³⁷⁷. Ainsi, dans des domaines où les textes définissent une marge d'appréciation, voire un pouvoir discrétionnaire implicite au chef d'établissement, le juge ne contrôle que l'erreur manifeste d'appréciation. Tel était le cas en particulier pour les sanctions disciplinaires lors du revirement de jurisprudence de 1995 : Patrick FRYDMAN avait conseillé le contrôle plein sur « *le caractère fautif des faits* » mais n'avait pas voulu outrepasser le degré de contrôle usité en matière disciplinaire pour les fonctionnaires, issu de la jurisprudence « *LEBON* » du 9 juin 1978^{1378 1379}.

Etant donné l'évolution du droit actuel en la matière, l'intensité du contrôle de l'adéquation de la sanction à la faute dépendra vraisemblablement de la gravité de la sanction et de ses effets sur les droits et la situation juridique du détenu¹³⁸⁰. Ainsi, une fois le bien-fondé du prononcé de la punition vérifié, *via* l'existence d'une faute, le juge se limite à s'assurer que la sanction choisie n'est pas disproportionnée par rapport à la gravité de la faute. Ceci dit, dès qu'un droit du détenu est en cause, et notamment un droit fondamental, le juge pourrait se montrer plus pointilleux, opérant un contrôle normal. Reste que le critère sur lequel le juge appuie son choix entre les différents degrés de contrôle ne paraît pas encore bien lisible. L'exemple, en matière de cantine, des interdictions d'achat d'aliments ciblés paraît exemplaire à cet égard, le pouvoir reconnu textuellement au chef d'établissement venant se confronter au droit, tout aussi textuel, du détenu d'acquiescer « *des denrées d'usage courant* »¹³⁸¹. Là encore, il est fort vraisemblable qu'on glisse vers un contrôle normal à chaque fois qu'un droit ou une

¹³⁷⁵ D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *op. cit.*, 2005, pp. 608-610

¹³⁷⁶ Cf. développements supra, pp. 77 et s., et P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration*, *op. cit.*, 2000, pp. 503-504

¹³⁷⁷ D. BOUJU, « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *op. cit.*, 2005, p. 632

¹³⁷⁸ Arrêt CE, 9/6/1978, « *LEBON* », *Rec. Lebon*, 1978, p. 245

¹³⁷⁹ P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. », *op. cit.*, 1995, p. 367

¹³⁸⁰ C'est d'ailleurs la position à laquelle semble se rallier Matthias GUYOMAR dans ses conclusions, comme il le précise dans le cadre d'une note de bas de page (M. GUYOMAR « Conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « *M. PLANCHENAU* » et « *M. BOUSSOUAR* », *op. cit.*, 2008, p. 100, note 30), et celle qu'adoptent de manière clairement affirmée, en la généralisant à toutes les sanctions disciplinaires sans discernement, Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU et Julien BOUCHER dans leur commentaire des trois décisions du 14 décembre 2007 (J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le juge administratif et le détenu », *op. cit.*, 2008, p. 132).

¹³⁸¹ En l'occurrence, la Cour administrative d'Appel de Lyon a effectué un contrôle normal et censuré la note du directeur de la Maison d'Arrêt de Nevers en ce qu'elle supprimait les oeufs frais de la liste des produits cantinables, jugeant la mesure inadaptée, et quelle que soit la légitimité des motifs de sécurité sanitaire invoqués.

liberté, et surtout un droit fondamental, sera en jeu¹³⁸². Mais il est encore plus probable que l'on assiste à la formation d'une nouvelle jurisprudence très casuistique avant qu'une ligne jurisprudentielle théorique et fédératrice ne soit expressément arrêtée¹³⁸³.

La question du pouvoir discrétionnaire dans l'institution carcérale ressort d'un équilibre ténu à trouver entre autonomie administrative minimale en vue de faire fonctionner l'institution et garantie contre les abus de pouvoir, dans une institution où la population accueillie peut être difficile à gérer, où le concept de sécurité prend un retentissement hypertrophié en rivalité avec celui de dangerosité. Le pouvoir administratif doit donc conserver une marge de manoeuvre suffisante pour réagir efficacement et rapidement à tout dysfonctionnement qui pourrait remettre en cause la sécurité de la société. Il doit également conserver une latitude suffisante pour permettre à son institution de fonctionner quotidiennement sans heurts, en s'adaptant aux situations contextuelles. On doit néanmoins constater qu'au delà de ces inévitables nécessités, l'étendue du pouvoir discrétionnaire encore accordé à l'institution pénitentiaire, et notamment aux chefs d'établissements, reste particulièrement importante en regard du minimum vital reconnu à tout chef de service. Cette surabondance ne peut se justifier uniquement par les particularités de la vie institutionnelle carcérale et de la population gérée. L'équilibre tend à se trouver par le biais du cadre que construit le juge administratif par rapport aux mesures d'ordre intérieur.

N'osant approcher de trop près la sphère de la décision médicale en matière de psychiatrie, le juge se montre ainsi beaucoup plus à l'aise face au monde pénitentiaire. Plongeant dans la vague actuelle de reconnaissance universelle des droits de l'homme, y compris aux délinquants, il n'hésite plus à poser des bornes à l'institution carcérale en ce sens, et à ainsi limiter son pouvoir discrétionnaire en vue de garantir plus massivement et strictement le respect des droits fondamentaux des individus incarcérés. Par contre, en psychiatrie, le juge serait-il encore, sur les anciens schémas, déstabilisé dans sa rationalité cartésienne face à un monde où les frontières de l'anormalité perdent leur réalité ? Ce serait lui faire un mauvais procès : il admet la relativité des idées, des idéologies, de la normalité des comportements. C'est pourtant à des blocages institutionnels profonds qu'il se trouve confronté dans ce secteur, la grande difficulté étant de trouver la brèche par laquelle assurer un contrôle et donc des garanties à des patients sous l'emprise potentiellement complète du corps médical. L'exercice du pouvoir disciplinaire confirme cette analyse.

B · UNE DECLINAISON DE L'EXERCICE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE : LE POUVOIR DISCIPLINAIRE

L'exercice du pouvoir disciplinaire appartient à ces éléments soulignant l'évolution en cours au sein de l'institution pénitentiaire mais également, de fait, la forte coloration d'institution totale et totalitaire dont la « Pénitentiaire » demeure empreinte. Au contraire son existence est beaucoup plus discrète dans les apparences au sein des services psychiatriques, alors même que sa prégnance y reste indéniable et nécessaire.

Au sein de l'institution carcérale, l'accélération de l'évolution depuis une quinzaine d'années ne doit pas masquer un progrès plus lent à l'oeuvre depuis les années 1970. L'état du droit disciplinaire entre les années 1945 et 1975 renvoyait clairement à une discipline enfantine, basée explicitement sur un jeu de punitions et de récompenses¹³⁸⁴. Le décret du 23 mai 1975¹³⁸⁵

¹³⁸² Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU et Julien BOUCHER posent également cette supposition concernant les droits fondamentaux, et en laissant place à peu de doutes de leur part quant à sa justesse (cf. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « *Le juge administratif et le détenu* », *op. cit.*, 2008, p. 132)

¹³⁸³ Ainsi, dans l'arrêt du 14 décembre 2007 «*M. PLANCHENAU*LT », le contrôle du juge se cantonne à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'Etat ayant privilégié, en l'espèce, la marge d'appréciation importante organisée par les textes en faveur du chef d'établissement.

¹³⁸⁴ Ainsi, la section II du chapitre V s'intitulait « Des punitions et des récompenses » et les anciens articles D. 252 et D. 253 du Code de procédure pénale définissaient ces récompenses, leur objectif et les listaient.

est venu mettre un terme à cette présentation de l'exercice de la discipline en prison en nivelant par le haut les conditions de détention et d'exécution des peines : désormais en effet tous les détenus bénéficient de ces anciennes récompenses et leur retrait devient une sanction nouvellement définie en corollaire « [...] *puisque la privation d'un de ces [nouveaux] droits est devenue une sanction disciplinaire potentielle* »¹³⁸⁶ comme l'explique Eric PECHILLON. On bascule ainsi explicitement dans le registre de l'individualisation de la peine, en rejoignant avec ce qui autrefois ne concernait que le champ administratif de la gestion de l'institution¹³⁸⁷, et surtout dans la recherche plus volontaire de la réinsertion sociale du détenu. Mais derrière l'exercice officiel et affiché de la discipline en prison, le diptyque récompenses/punitions réapparaît officieusement, dans l'ombre de la gestion pénitentiaire interne, comme le démontre Martine HERZOG-EVANS au fil de son essai de droit pénitentiaire¹³⁸⁸.

L'évolution est beaucoup moins exprimée dans le cadre psychiatrique, l'affirmation du pouvoir disciplinaire rigide et revendiqué ayant disparu avec la révolution des années 1950, laissant place à des doctrines se réclamant de la responsabilisation de l'individu, du respect de sa liberté d'action et du *no-restraint*. Depuis cette « cassure » épistémologique, l'institution glissant vers le service public psychiatrique semble connaître des divergences doctrinales et des fluctuations modérées dues à des alternances éventuelles de ces courants plutôt qu'un véritable infléchissement ou au contraire un renforcement généralisé du pouvoir disciplinaire. La plus grande indépendance des psychiatres envers leur ministère et le pouvoir central par rapport aux chefs d'établissements pénitentiaires a, en toute vraisemblance, également un impact non-négligeable à ce niveau.

C'est à l'évolution du sens donné au concept de discipline dans chacune de ces deux institutions, permettant de dessiner les contours de manière plus générale de cette notion fondamentale pour la vie de toute institution qu'il faut alors s'arrêter (1) avant de se pencher sur la mise en pratique concrète de ce pouvoir dans chacune d'elles (2).

§ 1. Définition et rôles actuels de la discipline

« De toutes les institutions, la prison serait la première à ne pas survivre au manque de discipline. »¹³⁸⁹ ; « [l']organisation pénitentiaire repose sur la recherche insistante de l'ordre ou de l'absence de désordre ce qui revient au même en milieu carcéral »¹³⁹⁰. Mais « [...] une discipline implacable ne débouchera pas toujours sur un ordre parfait »¹³⁹¹. Quant « [au] droit disciplinaire, [il] est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations imposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution, et sous la seule sanction de la force de coercition

¹³⁸⁵ Décret n°75-402 du 23 mai 1975 « modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (3e partie décrets) »

¹³⁸⁶ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 334

¹³⁸⁷ Récompenses travaillant dans le champ de la gestion de l'établissement, ce qui n'empêchait pas, éventuellement des répercussions dans le cadre de l'application des peines. Par exemple, était considérée comme une récompense la proposition faite au juge d'application des peines ou au ministre de faire bénéficier un détenu d'une libération conditionnelle ou d'une remise gracieuse (dernier alinéa de l'ancien article D. 252 CPP). Cf. sur le sujet B. JOUVE, « Prison et sanction. Le régime disciplinaire des détenus », *RPDP*, 1987, pp. 120- 197 et notamment p. 122

¹³⁸⁸ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, pp. 291-479 Le phénomène avait d'ailleurs été prédit par Bernard JOUVE dans son article en 1987 (B. JOUVE, « Prison et sanction. Le régime disciplinaire des détenus », op. cit., 1987, p. 123)

¹³⁸⁹ J-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques. Science criminelle », 1999, p. 19

¹³⁹⁰ Jean-Paul CERE, inspiré de Guy LEMIRE, *Anatomie de la prison*, Les presses de l'Université de Montréal/Economica, 1990, p. 103, dans *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., 1999, p. 19

¹³⁹¹ J-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., 1999, p. 19

dont elle dispose. »¹³⁹². C'est au coeur de cette triangulation d'objectifs et de contraintes que doit se définir la discipline pénitentiaire. Visant d'abord, et en priorité, à maintenir la sécurité à l'intérieur de l'établissement –protégeant ainsi, par ricochet, la sécurité publique en la garantissant des individus potentiellement dangereux qu'il renferme –, cette discipline ne peut être appréhendée de manière réductrice dans ce seul aspect coercitif et grossièrement utilitariste. Et concernant ses modalités d'exercice, on ne peut renvoyer à une réponse univoque, basée sur la rétorsion à « tolérance zéro », qui lui permettrait de régner sur l'institution. La survie de ladite institution impose un exercice plus subtil du pouvoir disciplinaire.

La discipline pénitentiaire carcérale actuelle se définit en effet par deux objectifs. Derrière celui sécuritaire, elle doit en effet endosser un rôle pédagogique¹³⁹³ : il s'agit d'apprendre à des individus généralement mal socialisés à respecter des règles et leur inculquer les valeurs sous-tendant la vie en société mais aussi la survie de cette dernière¹³⁹⁴. Et cela en posant des règles de vie en collectivité, éventuellement strictes, mais surtout offrant une liberté de choix très amoindrie au détenu pour la gestion de sa vie carcérale car contenue dans un carcan spatio-temporel imposé et peu discutable¹³⁹⁵.

Manifestation de l'autorité, nécessité vitale pour la survie de l'institution, la discipline se découvre, avec cet aspect éducatif, également un tremplin vers la resocialisation du détenu¹³⁹⁶. Elle dévoile en tout cas une emprise amplement plus importante que la seule gestion des infractions et punitions, supervisant le régime pénitentiaire du détenu dans son ensemble, y compris dans ses relations avec l'extérieur. En conséquence, le détenu ne peut y échapper, captif de ce monde clos par excellence où elle règne en maîtresse incontestée, « [...] touch[ant] son corps et pénétr[ant] son esprit sans relâche possible »¹³⁹⁷. On retrouve les analyses de Michel FOUCAULT sur l'industrie du dressage, opérationnelle d'abord par l'existence d'une discipline ferme au coeur d'une institution « omni-disciplinaire »¹³⁹⁸ dans tous les sens du terme^{1399 1400}. Et effectivement, la discipline en tant que *corpus* de règles gérant la vie collective et éducatrice se retrouve dans les activités carcérales les plus anodines et les plus quotidiennes, de l'emploi du temps et la gestion des relations interpersonnelles (que ce soit avec les surveillants ou des membres de l'administration, avec des intervenants extérieurs, des visiteurs ou les autres détenus) au travail, à l'hygiène, à la cantine, aux modalités d'exercice de ses droits par le détenu¹⁴⁰¹.

¹³⁹² M. HAURIOU, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence*, 3^e année, et en doctorat ès-sciences politiques, Paris, J.-B. Sirey et Journal du palais, 1910, p. 137, cité dans J.-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, *op. cit.*, 1999, p. 20

¹³⁹³ La circulaire du 2 avril 1996 entame son Préambule sur les fondements et les finalités de la discipline pénitentiaire, développement au cours duquel est évoqué ce caractère pédagogique. (cf. circulaire, *BOMJ* n°96/62, p. 125)

¹³⁹⁴ Des actes comme l'homicide intentionnel, par exemple, mettent en effet directement la survie de la société humaine en péril.

¹³⁹⁵ Cela est moins vrai quant à la gestion du temps carcéral envisagé sur la (longue) durée de la peine, ce qui pose d'ailleurs fréquemment problème, l'inaction, l'oisiveté et l'ennui étant autant de fléaux jouant notamment sur le psychisme et pouvant être lourds de conséquences sur la réinsertion future du condamné dans la société.

¹³⁹⁶ La société s'avère elle-même grande productrice de règles contraignantes, rappelant le respect d'une discipline collective semblable, au plan théorique, à celle existant en prison. Quant à la discipline personnelle, que le détenu réapprend également, elle ouvre sur l'autonomie de l'individu structuré dans un cadre de liberté et est donc nécessaire pour s'intégrer dans la société libre.

¹³⁹⁷ La citation n'est pas de Michel FOUCAULT mais bien de Jean-Paul CERE, analysant les prisons actuelles dans *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, *op. cit.*, 1999, p. 16.

¹³⁹⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1975, p. 273

¹³⁹⁹ Pour Michel FOUCAULT, il s'agissait du terme de discipline au sens d'« aspect de l'individu » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.* 1975, p. 273), d'activité, mais on peut également faire glisser le terme vers sa seconde acception de discipline en tant que *corpus* de règles dont les entorses sont sanctionnées par un système répressif.

¹⁴⁰⁰ On peut se reporter à son ouvrage *Surveiller et punir*, tout particulièrement le premier chapitre de sa quatrième partie, elle-même consacrée à l'institution pénitentiaire, et intitulé « Des institutions complètes et austères ».

¹⁴⁰¹ Il faut noter d'ailleurs que nous traitons ici de la discipline s'appliquant au détenu mais qu'il existe, dans le cadre de l'institution, une discipline identique pour le personnel, notamment les surveillants. La grande différence

Dans la manière d'exercer cette discipline, pour qu'elle conserve son rôle de « [...] *facteur de cohésion et de permanence de l'institution* »¹⁴⁰², il s'agira, de la part des représentants de l'autorité, de faire respecter les textes organisant la vie et le régime pénitentiaire des détenus tout en sachant jouer sur les marges de cette légalité en grande partie interne. Savoir « fermer les yeux » sur des entorses vénielles, rappeler éventuellement la règle et souligner que l'on est moins aveugle qu'exceptionnellement conciliant, voire « marchander » cet oubli volontaire contre le respect d'autres règles, plus importantes ou plus significatives eu égard à ce détenu particulier, ou un comportement irréprochable à l'avenir. « [C]ette *importante capacité d'appréciation* [...] *exclu[an]t toute application mécanique de la règle de droit* »¹⁴⁰³ est d'ailleurs reconnue dans une note émise par le directeur de l'administration pénitentiaire le 11 février 2002 à l'attention de ses agents¹⁴⁰⁴. Mais précisément, cette adaptation fine, ces arrangements avec le règlement prennent tout leur sens dans la mesure où ils sont individualisés. Une même infraction n'aura pas le même sens symbolique, et donc la réponse ne pourra pas être la même en fonction de la personnalité du détenu. Ici, se joue alors toute la difficulté de la profession, au premier chef, de surveillant – personnel le plus fréquemment amené à être témoin de ces infractions – dans un second temps, de ses gradés, mais surtout, du détenteur officiel de l'autorité disciplinaire, le chef d'établissement. Ici aussi, se noue une des difficultés de l'application du Droit : la norme disciplinaire se doit d'être générale et appliquée de manière identique, sans soupçon de favoritisme, à l'ensemble des détenus incarcérés dans le même établissement et sous le même régime. Il faut donc renvoyer au principe de l'individualisation de la peine, éventuellement à celui d'équité, seuls piliers théoriques permettant de justifier cette situation de différenciation de traitement en fonction du contexte, qui devra par ailleurs rester proportionnellement raisonnable. Il sera par contre peut-être plus difficile d'expliquer ces variantes aux codétenus traités différemment pour des infractions similaires.

A côté de cette individualisation de la réponse disciplinaire, la nécessité de maintenir une relative harmonie au sein de la détention, un climat apaisé – autant que faire se peut – interdit toute politique de « tolérance zéro ». C'est d'ailleurs ce qui est recommandé par l'article D. 242 CPP, disposant que « [l']*ordre et la discipline doivent être maintenus avec fermeté, mais sans apporter plus de contraintes qu'il n'est nécessaire pour le maintien de la sécurité et d'une bonne organisation de la vie en collectivité.* ». Et comme le fait remarquer Christophe CARDET, « [...] *le recours systématique aux compte-rendus d'incidents est souvent décrit comme étant le signe d'une insuffisante maîtrise professionnelle, ou d'une immaturité généralement imputée aux jeunes surveillants.* »^{1405 1406}. Les règles pénitentiaires européennes adoptées le 11 janvier 2006 encouragent une attitude similaire, faisant « [d]es *procédures pénitentiaires* [...] *des mécanismes de dernier ressort* » auxquels il faut préférer, dès que possible, « [...] *des mécanismes de restauration et de médiation* »¹⁴⁰⁷. Non seulement cette souplesse évite des mutineries ou l'éclat de conflits interindividuels trop réguliers, mais elle apporte généralement des réponses plus

demeure sans doute dans le fait que les détenus y sont soumis sans coupure tandis que les surveillants peuvent s'y soustraire, en tout cas dans ce qu'elle a de plus rigoureux, dès qu'ils quittent leur service, quotidiennement.

¹⁴⁰² J.-P. CERE, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, op. cit., 1999, p. 17

¹⁴⁰³ Ch. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions », *Revue de Science Criminelle*, 2006, p. 865

¹⁴⁰⁴ Note du Directeur de l'Administration Pénitentiaire du 11 février 2002 relative au « pouvoir des personnels de surveillance dans les établissements pénitentiaires », mentionnée par Christophe CARDET dans son article, note 11.

¹⁴⁰⁵ Ch. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison, *op. cit.*, 2006, p. 866 se référant à l'étude menée par Antoinette CHAUVENET, G. BENGUIGUI et F. ORLIC, *Le personnel de surveillance des prisons. Essai de sociologie du travail*, CNRS-EHESS, 1990, p. 63.

¹⁴⁰⁶ Il est certain qu'accepter de ne pas réagir à une entorse à la règle appelle un certain aplomb et une vraie confiance en son autorité pour un surveillant face à la population pénale, et qu'au delà du sens du devoir ultra-légaliste de certains membres du personnel surveillant fraîchement sortis de l'ENAP, rédiger un rapport sans réfléchir aux alternatives et aux conséquences peut paraître la solution la plus simple. Le dilemme sera cependant rapidement au rendez-vous lorsque le surveillant découvrira qu'il n'est pas systématiquement soutenu par une hiérarchie plus pragmatique et plus expérimentée. Or, sans doute le désaveu est-il la situation la plus désagréable pour un agent ayant à faire preuve d'autorité.

¹⁴⁰⁷ § 51.1 et 56.2 des règles pénitentiaires européennes

efficaces¹⁴⁰⁸.

C'est en réalité le chef d'établissement qui va, en grande partie, orienter la politique de réaction, à la fois officiellement, par le biais du règlement intérieur et des notes rectificatrices afférentes, qui peuvent poser une ligne de conduite plus ou moins souple, mais également par l'attitude qu'il va adopter à l'égard de l'application de ces règles – notamment en tant qu'autorité décidant de l'opportunité des poursuites –, sa sévérité dans le cadre des commissions de discipline, les directives qu'il va pouvoir donner à ses agents ; autant de signes qui vont rapidement créer une atmosphère et une réputation à propos du directeur, dont le personnel, mais surtout les détenus vont vite prendre la mesure et à laquelle ils adapteront leur comportement¹⁴⁰⁹.

On retrouve une définition similaire de la discipline dans le cadre psychiatrique, à la fois collective et individuelle. Collective, elle maintient l'ordre et une certaine sérénité au sein du service, imposant les règles de vie en communauté et permettant au service de remplir sa mission d'intérêt public attitrée. A cet effet, on retrouve ici l'exercice par le chef de service de son pouvoir d'organisation de son service tel qu'ont pu le définir l'arrêt « *JAMART* » et Jean RIVERO dans son commentaire¹⁴¹⁰. Un pouvoir peu modifié, dans son principe, par rapport à ce que nous avons pu exposer précédemment : par sa seule entrée dans le service auquel il vient demander une prestation¹⁴¹¹, l'usager « [...] *se trouve soumis ipso facto à la loi par laquelle le service est organisé pour l'exécution de sa fin.* »¹⁴¹², une loi définie principalement par le règlement intérieur défini par le chef de service. Certes, on l'a vu, des normes supérieures peuvent s'appliquer directement aux usagers, mais la vie quotidienne et les droits élémentaires sont généralement fixés, ou repris de ces textes supérieurs pour être recopiés dans le règlement intérieur. Exercice normal de ce pouvoir d'organisation du chef de service, qui ne peut se déployer que dans le respect des normes supérieures – parfois législatives, plus souvent réglementaires, générales – mais qui garde, notamment en psychiatrie, une large marge d'appréciation en faveur de cette autorité fonctionnelle¹⁴¹³. Sans compter que la forte intégration de l'usager dans un service, dans lequel il entre sous la contrainte, et au sein duquel il doit vivre, en continu, sur une durée plus ou moins longue, renforce nécessairement l'impact de ce pouvoir. Il est vrai que la reconnaissance de droits en faveur de l'usager n'a eu de cesse de se développer dans les dernières décennies¹⁴¹⁴, mais cet usager ne s'en voit pas moins soumis à une situation statutaire non-contradictoire avec cette reconnaissance de prérogatives juridiquement opposables, qui lui impose également un certain nombre de devoirs ou d'obligations¹⁴¹⁵.

Mais au-delà de cette discipline collective d'application immédiate, et par son biais également, l'institution psychiatrique impose aussi une discipline individuelle, qu'elle la

¹⁴⁰⁸ Ainsi, Julien MOREL d'ARLEUX explique qu'« [u]n rappel à l'ordre par le surveillant d'étage ou l'intervention d'un personnel d'encadrement sont souvent plus efficaces qu'une procédure disciplinaire » et que « [...] le rappel de la règle permet généralement de réduire le risque d'une réitération rapide. », en précisant, bien entendu, que ce type de réponse n'est valable que dans le cas de fautes disciplinaires mineures. (J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention : dépasser la relation duale détenus/personnels », AJP, nov. 2005, n° 11/2005, p. 402).

¹⁴⁰⁹ Cf. à ce sujet J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 402

¹⁴¹⁰ Arrêt CE, 7/2/1936, « *JAMART* » préc. et note de Jean RIVERO, *op. cit.*, 1937, IIIe partie, pp. 113-118

¹⁴¹¹ Dans la situation de contrainte dans laquelle se trouve le patient hospitalisé contre son consentement en psychiatrie, on devrait plutôt parler de prestation reçue et non requise.

¹⁴¹² J. RIVERO, Les mesures d'ordre intérieur administratives, *op. cit.*, 1934, p. 261

¹⁴¹³ Cf. néanmoins *infra* la note 1550 p. 339

¹⁴¹⁴ Cf. nos développements sur le sujet *infra*, pp. 659 et s.

¹⁴¹⁵ La thèse du caractère statutaire de la situation de l'usager du service public, notamment administratif, est défendue par Léon DUGUIT : « [P]ar le fait même qu'ils usent du service, ils [les usagers] se trouvent subordonnés à sa loi, laquelle détermine les avantages qui leur sont assurés et les charges qui leur sont imposées. Comme les agents du service, les usagers se trouvent subordonnés dans une situation qui n'a rien de contractuel ; elle est purement et exclusivement légale, et je l'appelle *objective*. » (L. DUGUIT, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice HAURIOU*, tome I, Paris, Sirey, 1929, p. 258. Souligné par l'auteur lui-même).

maintienne, qu'elle la restaure ou qu'elle l'inculque. La psychiatrie n'a plus pour vocation de changer l'Homme, dans les Etats libéraux actuels, mais elle endosse un rôle pédagogique en lien direct avec sa vocation (re)socialisatrice, intégratrice à la vie sociale. Une mission qui, si elle ne peut parfois rendre le sujet atteint de troubles psychiques complètement autonome, doit au moins lui faire admettre les normes sociales minimales, les interdits fondamentaux que restent celui du meurtre, de l'inceste, du viol etc., le placer, lui, en tant que sujet, face à sa maladie, ses délires éventuels, et face à ces interdits, et lui offrir la possibilité de s'intégrer le plus possible dans la vie de la cité. Les objectifs et le résultat seront toujours différents d'un individu à l'autre. Dans ce cadre éducatif, l'attitude soignante peut d'ailleurs apparaître dans certains cas comme infantilisante pour l'observateur extérieur : demander à la personne d'aller se calmer dans un chambre tel un enfant qu'on mettrait au coin etc. sont des procédés de base pour poser des limites dans un service de psychiatrie. Le but ultime, parfois utopique, reste inchangé : soigner l'Homme pour qu'il ne soit plus dangereux pour autrui, le cas échéant, d'abord, ou/et qu'il trouve une place à sa dimension dans la société.

Par ailleurs, la discipline impliquant nécessairement un volet de répression interne visant à sanctionner l'effectivité de cette norme, l'étude de l'approche disciplinaire des deux services publics étudiés oblige à se souvenir de leur position singulière eu égard à leurs usagers : structures d'enfermement sous contrainte de leurs usagers, elles ne peuvent s'appuyer sur le système de sanction habituel dans les services publics, à savoir l'exclusion ou la privation du service rendu¹⁴¹⁶. Si, dans le cadre de cette pratique du pouvoir disciplinaire, la prison est restée sur sa logique d'institution totale en conservant l'organisation d'une justice interne calquée sur la procédure et le droit pénaux, la psychiatrie a été tenue d'évoluer. Les deux institutions continuent, en apparence en tout cas, à s'accommoder de cette impossibilité consubstantielle d'utiliser les sanctions classiques.

§ 2. L'exercice concret du pouvoir disciplinaire dans les deux institutions

Le pouvoir disciplinaire reste porteur d'un imaginaire trop lié avec le fonctionnement de l'institution totale pour demeurer une notion acceptable, sans aménagement, dans les institutions modernes, qui se veulent respectueuses de l'individu enfermé. Dès lors, alors que l'institution psychiatrique la renie complètement, la maquillant derrière la décision médicale (b), l'institution pénitentiaire la transfigure artificiellement en recréant un formalisme procédural et juridictionnel non abouti (a).

◇ a) *Le renforcement de l'encadrement juridique formel pour une plus grande transparence du pouvoir disciplinaire en prison*

Dans le cadre carcéral, les sanctions ont connu un assouplissement, concrétisé par la suppression, par les décrets du 12 septembre 1972, du 23 mai 1975 et du 26 janvier 1983, de plusieurs d'entre elles, paraissant particulièrement archaïques ou injustes ou encore ayant perdu leur fondement.

Le véritable bouleversement dans le droit disciplinaire pénitentiaire, résumé à rien moins que son « [...] *entré[e] dans le droit commun* [...] »¹⁴¹⁷, est cependant apporté par le revirement de jurisprudence de l'arrêt « *MARIE* », suivi de près par l'adoption du décret du 2 avril 1996¹⁴¹⁸ qui, calquant droit et procédure sur le pénal, « *inscri[t] [définitivement] [...] la matière dans une*

¹⁴¹⁶ Cf. à ce sujet nos développements *supra*, p. 90.

¹⁴¹⁷ J.-P. CERE, « Le droit pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *AJP*, 2005, n°11, p. 393

¹⁴¹⁸ Décret n°96-287 du 2 avril 1996, *JO* du 5 avril 1996. Une circulaire du même jour, après avoir rappelé la conception actualisée de la discipline, devenue instrument pédagogique autant que maintien de l'ordre au sein de la détention, et s'être inscrite dans le cadre européen des RPE, commente minutieusement chacun des grands points abordés par le décret et décrit particulièrement précisément la procédure disciplinaire. (circulaire parue au BOMJ 96/62, pp. 120-211).

logique juridictionnelle. »¹⁴¹⁹. En effet, l'élaboration de ce décret était en cours depuis 1993 – une première étude ayant même été lancée dès le début de l'année précédente – sous l'impulsion de diverses instances françaises, mais surtout du droit européen – jurisprudence de la Cour et règles pénitentiaires européennes confondues – ; l'arrêt du Conseil d'Etat incite à mettre un terme à ces travaux par une formalisation définitive intégrant la jurisprudence fraîchement accouchée.

Le décret pose sa modernisation du droit disciplinaire pénitentiaire en trois grandes réformes, regroupées ici en deux pôles : à côté des réformes sur le fond, touchant à la définition des comportements fautifs menant à sanction et au renforcement de l'encadrement et de la caractérisation desdites sanctions (1), il remanie fortement la procédure disciplinaire, attachant une singulière importance aux apparences et cherchant à renforcer la position du détenu accusé face à l'administration (2).

Une dernière réforme à forte connotation symbolique est intervenue *via* la loi du 12 avril 2000, vulgairement baptisée « l'entrée de l'avocat dans le prétoire disciplinaire ». Il s'agit en réalité de donner la possibilité au détenu accusé de faire appel à un tiers pour l'aider à défendre sa cause devant la commission de discipline. Dans tous les cas, une telle réforme n'est qu'un pas supplémentaire dans la progression opérée par le droit disciplinaire vers un décalque du procès pénal¹⁴²⁰ et vers la volonté d'une plus grande attention portée au respect des droits des détenus (3).

La loi du 24 novembre 2009 est venue conforter certaines de ces avancées en les légalisant, mais sans opérer une légalisation de masse de la juridictionnalisation de la procédure. Au contraire, elle renvoie à un décret en conseil d'Etat pour fixer le régime disciplinaire de manière générale. C'est donc sur le principe de l'organisation par voie réglementaire de ce domaine que demeure le droit disciplinaire, la loi jouant par petites touches, picorant dans cet amas de règles quelques-unes paraissant essentielles à la sauvegarde des droits des détenus tombant sous le coup de ce droit. Un procédé que le Conseil Constitutionnel a validé, sous l'évidente réserve « [...] de ne pas définir des sanctions portant atteinte aux droits et libertés dont ces personnes bénéficient dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention »¹⁴²¹, jugeant « [...] que le régime disciplinaire des personnes détenues ne relève pas en lui-même des matières que la Constitution range dans le domaine de la loi » quoique le législateur n'ait pas outrepassé ses droits en garantissant, pour sa part le bénéfice légitime de leurs droits et libertés à ces personnes détenues dans le cadre de la détention et de ses contraintes¹⁴²².

■ 1. Fautes et sanctions dans le droit disciplinaire pénitentiaire : un effort de dénomination et de hiérarchisation

Quant au fond du droit disciplinaire, le décret du 2 avril 1996 énumère expressément, en les classant en outre en trois catégories correspondant à trois degrés de gravité, les comportements fautifs passibles d'une sanction disciplinaire (a). De même, il liste les sanctions applicables aux détenus en les classant en deux catégories et en rappelant un certain nombre de principes présidant au prononcé ou à la mise en oeuvre de ces sanctions (b). Le système a été repris par le décret en Conseil d'Etat n°2010-1634 du 23 décembre 2010 qui a peu modifié l'état du droit tel qu'organisé par le décret de 1996. Le principal souci de ses rédacteurs a été en effet, comme le commandait la loi de 2009, d'élever d'un cran dans la hiérarchie des normes l'encadrement du droit disciplinaire. Quelques points ont donc été précisés, notamment dans la définition des fautes, mais sans changement de fond des règles, devenues les articles R. 57-7 à R. 57-7-4 pour les fautes, les articles R. 57-7-33 à R. 57-7-37 CPP pour les sanctions encourues et R. 57-7-54 à R. 57-7-59 pour le prononcé de sursis¹⁴²³.

¹⁴¹⁹ J.-P. CERE, « Le droit pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *op. cit.*, 2005, n°11, p. 393

¹⁴²⁰ On insistera néanmoins sur le fait qu'on reste bien ici dans un cadre administratif et non dans une extension du procès pénal ou de la définition/fixation de la durée de la peine. La Cour européenne ne s'y est pas trompée, refusant d'appliquer l'article 6 §1 à la procédure disciplinaire (cf. Cour EDH, 20/1/2011, « Pascal PAYET c/ France », req. n°19606/08, § 94 à 100)

¹⁴²¹ Décision CC n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, « Loi pénitentiaire », cons. 6

¹⁴²² Décision CC n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, « Loi pénitentiaire », cons. 4

¹⁴²³ Les développements suivant renvoient encore aux anciens articles.

a - Les fautes disciplinaires

Cette énumération expresse et ce classement en degré de gravité des fautes disciplinaires pénitentiaires est saluée par Jean PRADEL au titre de la sécurité juridique¹⁴²⁴ et entériné dans son principe par la loi du 24 novembre 2009¹⁴²⁵. Sans doute cette félicitation devient-elle excessive dans la pratique dans la mesure où le descriptif des comportements et le type d'infraction permet une large marge d'appréciation de la part de l'administration – aux premières lignes de laquelle les surveillants – qui peut installer une relative incertitude pour les détenus¹⁴²⁶, mais l'effort et le progrès sont, malgré tout, indéniables et la mobilisation de cette notion reste juste. Le droit antérieur faisait, en effet, une large place à l'implicite, seuls quatre articles de la partie réglementaire évoquant expressément la notion de sanction de quelques comportements ciblés¹⁴²⁷. Pour le reste, il fallait déduire, par un raisonnement *a contrario*, le comportement fautif des obligations et interdictions listées sous le titre II « De la détention » du livre V de la partie réglementaire (troisième partie rassemblant les articles pris par décrets simples) du Code de procédure pénale¹⁴²⁸. Le principe « *nullum crimen sine lege* » faisait cruellement défaut au cœur de l'Etat de droit qu'était déjà, *a priori*, la France, la situation laissant ainsi potentiellement place à l'arbitraire.

La légalité est désormais réglementaire, comme le fait remarquer Jean PRADEL, mais elle existe¹⁴²⁹. Le classement par degrés, rappelant la hiérarchie des infractions en vigueur dans le droit pénal, permet de rendre compte de la doctrine pénitentiaire et de ses priorités : les infractions les plus graves (fautes dites « du premier degré ») sont des actions et comportements mettant en danger la sécurité¹⁴³⁰, le « second degré » renvoie aux actes « [...] *contrev[enant] à l'ordre interne de l'établissement* »¹⁴³¹ et le troisième à ceux contraires aux « [...] *règles de la vie quotidienne telles que le règlement intérieur peut les définir* »^{1432 1433}. Repère pédagogique pour le détenu, qui lui permet de situer la gravité de son acte sur une échelle hiérarchique malgré tout très proche des valeurs en vigueur dans la société, ce classement permet également de réserver quelques modalités de sanctions – notamment les durées les plus longues de placement en cellule disciplinaire – et la possibilité de placement préventif au quartier disciplinaire, aux deux catégories de fautes les plus graves¹⁴³⁴. Cependant, un caractère quelque peu artificiel ressort également de cette catégorisation, la large marge d'appréciation laissée à l'autorité disciplinaire lui permettant de classer un même comportement, ou deux comportements objectivement fort voisins, dans deux catégories différentes. Il faut compter que le principe existe également en droit pénal au profit, notamment, du procureur de la République, et appartient à la souplesse nécessaire à tout système répressif afin de s'adapter au plus près de la réalité autant objective que subjective et psychologique de l'infraction et de sa sanction. Par ailleurs, comme le signale la circulaire accompagnant le décret, la juridiction administrative reste susceptible de sanctionner une erreur manifeste d'appréciation sur la qualification juridique des faits retenue¹⁴³⁵, permettant ainsi de garantir un minimum de proportionnalité entre la faute relevée et la sanction prononcée.

¹⁴²⁴ J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1996, Chronique, p. 320

¹⁴²⁵ 1° de l'article 726 CPP dans sa rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

¹⁴²⁶ Cf. M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, pp. 69-72

¹⁴²⁷ Les anciens articles D. 98, D. 25, D. 262 et D. 495 CPP (seul le dernier est encore en vigueur actuellement)

¹⁴²⁸ Cf. l'examen en détail de ces différents articles dans B. JOUVE, « Prison et sanction. Le régime disciplinaire des détenus », *RPDP* 1987, pp. 124-127. Une référence à la discipline pénitentiaire, dans le cas de menaces, injures ou violences, peut également être lue dans l'article 726 CPP, de nature législative. Elle reste cependant, là encore, non-explicite. Cf. Également J.-P. CERE, « Le point de vue du pénaliste », *RFDA*, 1995, p. 828

¹⁴²⁹ J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. », op. cit. 1996, p. 320

¹⁴³⁰ Article D. 249-1 CPP

¹⁴³¹ Article D. 249-2 CPP

¹⁴³² Article D. 249-3 CPP

¹⁴³³ Citations tirées de E. PEHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 339

¹⁴³⁴ Alinéa 1er de l'article D. 250-3 CPP

¹⁴³⁵ Cf. Circulaire du 2 avril 1996, *BOMJ*, n°32, p. 141

Le seul point sur lequel le décret du 23 décembre 2010 a opéré une modification à signaler car ayant son importance surtout au plan symbolique est le rehaussement du fait de « [...] *formuler des insultes ou des menaces à l'encontre d'une personne détenue* » de faute du troisième degré en faute du deuxième degré. Ce déplacement considère ainsi à égalité toutes les atteintes à l'encontre des personnes, que ces dernières soient des membres du personnel pénitentiaire ou des détenus, là où l'ancien état du droit marquait une différence de gravité¹⁴³⁶.

b - Les sanctions disciplinaires

Quant aux sanctions, leur liste est là encore limitative, l'article D. 251-5 CPP consacrant implicitement le principe « *nulla poena sine lege* », déjà en vigueur dans le droit antérieur¹⁴³⁷ et là aussi entériné par la loi du 24 novembre 2009¹⁴³⁸, mais elle est augmentée de nouvelles sanctions, la liste totale doublant le nombre des mesures proposées. L'autorité disciplinaire a désormais le choix entre des sanctions générales, applicables à toute infraction¹⁴³⁹ et des sanctions spécifiques, qui doivent nécessairement avoir un rapport avec l'infraction commise¹⁴⁴⁰ ; une catégorisation qui existait déjà dans le droit antérieur mais qui est désormais formalisée *via* deux listes dans deux articles distincts¹⁴⁴¹. Par contre, précision par rapport à l'état du droit antérieur, toutes les sanctions dont la nature s'y prête sont dotées d'une durée maximale.

Bien entendu, le choix de la sanction doit respecter un certain nombre de règles « *technique[s]* »¹⁴⁴² concernant le cumul ou l'association de plusieurs sanctions, générales ou spécifiques¹⁴⁴³, ou encore le caractère alternatif d'autres, entraînant des modalités de prononcé et d'exécution particulières¹⁴⁴⁴. Le principe de proportionnalité entre gravité de la faute et lourdeur de la sanction, que Monsieur PRADEL propose de rebaptiser ici « *principe de modération* » doit être respecté. Les sanctions collectives restent prohibées¹⁴⁴⁵.

Enfin, décalque parfait du droit pénal, l'autorité disciplinaire peut décider, lors du prononcé de la sanction ou au cours de son exécution, des aménagements de celle-ci : sursis simple¹⁴⁴⁶ ou accompagné d'obligations conditionnelles¹⁴⁴⁷, fractionnement d'exécution de la sanction voire même dispense d'exécution¹⁴⁴⁸. Une dimension clairement pédagogique apparaît dans les motifs d'octroi de ces modalités d'exécution de la sanction aux côtés de raisons davantage matérielles (comme de permettre au détenu sanctionné de suivre malgré tout une formation professionnelle ou un traitement médical)¹⁴⁴⁹.

La seule véritable modification apportée par le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 concernant les sanctions disciplinaires est la migration de la sanction de « *privation[...] de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration [...]* » de la liste des sanctions spécifiques à celle des sanctions générales. Un déplacement contestable, en tout cas à interroger : cette sanction affichait autrefois une véritable pertinence en tant que sanction spécifique, ne

¹⁴³⁶ En effet, dans la mouture du Code de procédure pénale antérieure au 29 décembre 2010, le fait de « [...] formuler des insultes, des menaces ou des outrages à l'encontre d'un membre du personnel de l'établissement, d'une personne en mission ou en visite au sein de l'établissement pénitentiaire ou des autorités administratives ou judiciaires » constituait une faute du deuxième degré (ancien article D. 249-2 CPP) tandis que ce même fait porté contre un autre détenu était classé seulement parmi les fautes du troisième degré (ancien article D. 249-3 CPP).

¹⁴³⁷ Cf. B. JOUVE, « Prison et sanction. Le régime disciplinaire des détenus », *RPDP* 1987, p. 128

¹⁴³⁸ 2° de l'article 726 CPP dans sa rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

¹⁴³⁹ Article D. 251 CPP

¹⁴⁴⁰ Article D. 251-1 CPP.

¹⁴⁴¹ L'article D. 251 CPP pour les sanctions générales et D. 251-1 CPP pour les sanctions spécifiques.

¹⁴⁴² Terme emprunté à Jean PRADEL. (Cf. J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. », *op. cit.*, 1996, p. 324)

¹⁴⁴³ Cf. J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. », *op. cit.*, 1996, p. 324

¹⁴⁴⁴ Cf. J. PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996 », *op. cit.*, 1996, p. 324

¹⁴⁴⁵ Alinéa 4 de l'article D. 251-5 CPP

¹⁴⁴⁶ Article D. 251-6 CPP

¹⁴⁴⁷ Article D. 251-7 CPP

¹⁴⁴⁸ Article D. 251-8 CPP

¹⁴⁴⁹ Cf. développement à ce sujet dans la circulaire du 2 avril 1996 accompagnant le décret, pp. 157-166

pouvant être prononcée que dans les cas où ledit appareil avait servi à commettre l'infraction. Elle risque de figurer désormais comme une brimade toutes les fois où elle ne sera pas attachée à une infraction en lien direct avec l'appareil confisqué. De deux choses l'une : soit elle continuera à être utilisée dans les mêmes conditions que sous l'empire du décret de 1996, et en ce cas on peut s'interroger sur l'utilité de ce déplacement, soit elle sera utilisée sans forcément de relation entre l'appareil et l'infraction et devra alors être solidement justifiée et expliquée au détenu pour qu'il ne voie pas dans son prononcé une volonté de l'administration de l'ennuyer ou de le brimer de manière gratuite... la gratuité et l'absence de sens étant sans doute le pire ennemi de la discipline et lourdement contre-productives.

Mais le point le plus commenté du décret est certainement la réintégration explicite, dans les textes d'une procédure disciplinaire recopiant le rituel pénal et consacrant ainsi un véritable « mini-procès pénal » pour les uns¹⁴⁵⁰, une parodie de procès pour les autres¹⁴⁵¹.

■ 2. La procédure disciplinaire : une volonté d'alignement apparent sur le procès pénal

La procédure se divise en deux étapes, la procédure préparatoire (a) et l'audience devant la commission de discipline (b) débouchant sur le prononcé d'une sanction. La possibilité de recours contre cette décision, ouverte en 1995 par le Conseil d'Etat, est expressément inscrite dans le droit pénitentiaire réglementaire par le décret de 1996 (c). Là encore, cette procédure a été intégralement réinscrite aux articles R. 57-7-5 à R. 57-7-32 du Code de procédure pénale par le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010, la nouvelle rédaction étant en général plus claire par rapport à la rédaction antérieure des articles D. 250 à D. 250-6 CPP¹⁴⁵².

a - La procédure préparatoire

La procédure administrative préparatoire est désormais clairement formalisée¹⁴⁵³ et modifie sensiblement le droit antérieur : le surveillant estimant constater une infraction de la part d'un détenu qui justifierait sanction rédige un compte-rendu d'incident décrivant précisément les faits et circonstances de l'événement connus de lui. La circulaire précise bien que, si le détenu doit être prévenu de la rédaction du rapport à son propos, « [...] *il n'y a pas, à ce stade de la procédure, nécessité d[e] lui en notifier [...] la teneur, les suites données au compte-rendu n'étant pas nécessairement de nature disciplinaire* »¹⁴⁵⁴. Ce compte-rendu est ensuite remis au premier surveillant, gradé qui peut choisir de classer directement l'affaire ou de lui donner suite¹⁴⁵⁵ en le transmettant au chef d'établissement, détenteur officiel de l'autorité disciplinaire¹⁴⁵⁶. On parlera alors de « rapport d'incident », la nuance terminologique laissant entendre le remaniement rédactionnel du compte-rendu par ce gradé, nourri notamment par son propre avis et par des compléments d'informations pris auprès de l'agent¹⁴⁵⁷.

Le chef d'établissement, ou son délégué, recevant le rapport dispose, avec le décret de 1996, d'un véritable pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites, digne d'un procureur de la République en droit pénal¹⁴⁵⁸. Dès lors, soit l'autorité disciplinaire décide de

¹⁴⁵⁰ On note en tout cas une avancée dans ce sens dans les propos et le ton plutôt positif des articles par exemple de Jean PRADEL, « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. », *op. cit.*, 1996 ou Christophe CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison », *op. cit.*, 2006, pp. 863-870

¹⁴⁵¹ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, pp.485 et s.

¹⁴⁵² Là également, les développements suivants renvoient encore aux anciens articles.

¹⁴⁵³ La procédure administrative antérieure figurait dans une simple circulaire datant du 30 décembre 1972 (cf. M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 487)

¹⁴⁵⁴ Circulaire du 2 avril 1996, p. 167

¹⁴⁵⁵ La pratique de ce tri préalable a toujours existé officieusement, comme l'affirme Martine HERZOG-EVANS (M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 487) mais comme on peut également le constater dans la description de la procédure antérieure telle qu'existant antérieurement au décret faite par Jean-Paul CERE dans son article « Le point de vue du pénaliste », *op. cit.*, 1995, p.828

¹⁴⁵⁶ La circulaire précise néanmoins que le chef d'établissement peut être remplacé, en cette fonction, par un autre membre de l'administration de l'établissement expressément désigné à cet effet.

¹⁴⁵⁷ Depuis le décret du 2 avril 1996, toute cette première phase de la procédure était désormais codifiée, au premier alinéa de l'article D. 250-1 CPP

¹⁴⁵⁸ Alinéa 3 de l'article D. 250-1 CPP

classer l'affaire, - ce qui n'est cependant pas sans conséquence pour le détenu, qui voit ce rapport avorté classé dans son dossier individuel¹⁴⁵⁹- soit il décide de poursuivre. Dans ce dernier cas, la décision ouvre sur une véritable enquête confiée au « [...] *chef de service ou [au] premier surveillant le mieux à même de procéder à l'instruction des incidents [...]* », ayant pour but « [...] *de clarifier les circonstances de l'espèce et d'examiner si les faits sont ou non établis* »¹⁴⁶⁰. Il s'agit alors pour le fonctionnaire d'entendre accusé, accusateur et témoins éventuels, de relever, après consultation du dossier individuel du détenu, les éléments de personnalité et les antécédents disciplinaires (notamment les sursis révocables) du détenu et tout autre élément d'information pertinent¹⁴⁶¹. A la remise de ce rapport d'enquête, le chef d'établissement ou son délégué ont encore la faculté de classer l'affaire ou de décider de faire comparaître le détenu devant la Commission de discipline.

La circulaire de 1996 était sans ambiguïté concernant ce rapport : classé dans le dossier individuel du détenu, il ne lui était pas communicable. Par contre, il pouvait être transmis à la Direction régionale de l'administration pénitentiaire en cas de recours administratif préalable formé contre la décision disciplinaire prise par la Commission¹⁴⁶².

En cas de décision de comparution devant la Commission de discipline, une convocation est notifiée au détenu, « [...] *au moins trois heures avant sa comparution [...] afin qu'il puisse préparer sa défense et présenter les explications écrites ou orales.* »¹⁴⁶³. En conséquence, la convocation doit préciser, « [...] *d'une manière succincte mais explicite et circonstanciée* » les faits reprochés¹⁴⁶⁴. La brièveté du délai minimal octroyé au détenu pour préparer sa défense, déjà en vigueur dans l'état du droit antérieur au décret de 1996 faisait déjà l'objet de critiques sensées¹⁴⁶⁵. Le décret n°2010-1634 l'a transformé en un délai de vingt-quatre heures minimum, un gain considérable et enfin réaliste pour permettre au détenu d'organiser sa défense¹⁴⁶⁶.

b - L'audience devant la Commission de discipline

Quant au rituel officialisant et donnant une certaine solennité, que l'on veut intimidante, à la procédure disciplinaire, il réémerge dans toute son ampleur dans les textes après une disparition ordonnée par le décret du 12 septembre 1972¹⁴⁶⁷. Mais le texte de 1996 ne fait que réinscrire une pratique qui n'avait en réalité jamais disparu des établissements pénitentiaires¹⁴⁶⁸, les chefs d'établissement la maintenant en vertu de la possibilité qui leur en était laissée par l'article D. 249 CPP dans sa rédaction de l'époque¹⁴⁶⁹. L'appellation « commission de discipline » venant se substituer à l'ancien « prétoire » se veut néanmoins porteur de sens quant au passage à un droit disciplinaire modernisé.

En elle-même, la commission est composée du chef d'établissement ou son délégué, officiant en tant que Président, et de deux assesseurs, choisis au cas par cas parmi les membres du personnel de surveillance, et au nombre desquels doit figurer un surveillant¹⁴⁷⁰. On retrouve ainsi ici une formation rappelant le procès judiciaire, au détail près que seul le Président de la commission possède le pouvoir disciplinaire, donc de décision, ses deux assesseurs n'ayant que

¹⁴⁵⁹ Circulaire du 2 avril 1996, p. 167

¹⁴⁶⁰ Circulaire du 2 avril 1996, p. 167

¹⁴⁶¹ Avis consultatif du médecin ou du psychiatre, notamment sur un éventuel placement possible au quartier disciplinaire etc.

¹⁴⁶² Circulaire du 2 avril 1996, p. 168

¹⁴⁶³ Le décret de 1996 n'a fait qu'inscrire dans le Code de procédure pénale un délai imposé auparavant par la circulaire AP 72-7 du 18 décembre 1972

¹⁴⁶⁴ Cf. circulaire du 2 avril 1996, p. 168 et article D. 250-2 CPP

¹⁴⁶⁵ Cf. J.-P. CERE, « Le point de vue du pénaliste », *op. cit.*, 1995, p.828. Eric PECHILLON signale en effet que ce délai était déjà requis par la circulaire AP 72-7 du 18 décembre 1972 et que la réforme de 1996 ne fait que transcrire cette règle dans le Code de procédure pénale.(cf. E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 352, note 230)

¹⁴⁶⁶ Alinéa 2 du nouvel article R. 57-7-16 CPP

¹⁴⁶⁷ Décret n°72-852 du 12 septembre 1972

¹⁴⁶⁸ Hormis éventuellement dans quelques établissements de petite taille.

¹⁴⁶⁹ Cf. J.-P. CERE, « Le point de vue du pénaliste », *op. cit.*, 1995, pp.829-830 et M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, *op. cit.*, 1998, p. 486

¹⁴⁷⁰ Cf. circulaire du 2 avril 1996, p. 169 et alinéa 2 de l'article D. 250 CPP

voix consultative¹⁴⁷¹. La loi du 24 novembre 2009 innove de manière intéressante¹⁴⁷² en exigeant ouverture de la commission de discipline à « [...] *au moins un membre extérieur à l'administration pénitentiaire* [...] »¹⁴⁷³; mais malgré les espoirs portés par cette réforme dans le sens d'une véritable amplitude qui lui aurait été donnée, le décret en Conseil d'Etat du 23 décembre 2010 confirme le statut uniquement consultatif des deux assesseurs, donc également de ce tiers nouvellement introduit par l'article 726 tel qu'issu de la réforme de novembre 2009¹⁴⁷⁴.

Plusieurs autres anicroches peuvent laisser le juriste dubitatif quant à l'impartialité et à l'authenticité de la composition de cette commission : en premier lieu, la présence de membres du personnel de surveillance peut laisser hésitant quand on connaît la forte dynamique de corps sous-tendant la profession et soudant, généralement, les équipes qui doivent affronter, dans un rapport de force constant, même larvé, une population opposante, parfois dangereuse, que sont les détenus. Il est soutenu, comme justification à cette organisation de la commission de discipline, que les surveillants restent le personnel connaissant le mieux la population pénale car la plus directement et quotidiennement en rapport avec elle. Ajoutant à cela la simple voix consultative, un certain équilibre entre implication de ce personnel et impartialité de la commission serait retrouvé. On peut également subodorer que la présence du second assesseur, au delà du décalque de l'audience pénale, vise à diversifier les avis et ainsi renchérir le caractère indéniable de l'impartialité. Mais à l'inverse, ne peut-on craindre, au contraire, que le contrôle réciproque des deux membres du personnel sur les dires de l'autre n'amène chacun, et surtout le(s) surveillant(s), à taire une éventuelle remise en cause du travail d'enquête ou des allégations d'un collègue que l'on saurait, pourquoi pas, un peu moins intègre ou ayant émis des velléités de se venger d'un détenu ? La présence du second assesseur, délateur potentiel auprès de ses collègues, risque alors de fausser la pleine utilité de la présence de ces seconds se neutralisant réciproquement pour le Président. On peut alors s'interroger sur la raison de la restriction du choix des assesseurs au seul personnel de surveillance. Le personnel d'insertion et de probation n'aurait-il pas pu être un vivier intéressant et équilibrant dans ce domaine ? La réforme de 2009 vient régler ce problème de manière salubre. Néanmoins, le présent de cet exposé est toujours de rigueur : malgré la publication des décrets d'application de la loi de 2009, la procédure, concernant la modification de la composition de la commission de discipline ne prendra effet qu'au premier juillet prochain¹⁴⁷⁵.

Par ailleurs, une disposition du décret paraît réellement problématique : le choix des assesseurs doit se faire, dans la mesure du possible, parmi le personnel qui n'a pas eu à connaître de l'affaire traitée à un quelconque stade (compte-rendu initial, enquête etc.) mais, « [i]l *peut toutefois être dérogé à ce principe, notamment dans les établissements de petite taille, quand le nombre de gradés ne permet pas de répondre à une telle exigence.* »¹⁴⁷⁶. Certes, le décret ne renvoie qu'aux gradés, on peut donc supposer que l'auteur du compte-rendu initial, généralement un surveillant, et surtout s'il a été l'objet direct de l'infraction, sera dans tous les cas évincé. Mais rien ne l'oblige juridiquement s'il s'avère que c'est un gradé qui a été l'objet ou le témoin de l'infraction. Et, de manière plus générale, le texte enfreint là un principe primaire de droit pénal séparant l'auteur de l'enquête, qui s'est généralement forgé une conviction sur l'affaire en cause, et l'autorité de jugement, qui doit apprécier l'affaire sur une base neutre, sans *a priori*, les convictions de l'enquêteur n'étant plus qu'un élément parmi tous ceux qui lui sont soumis. Les contraintes matérielles prennent donc un poids peu conciliables avec l'authenticité et la solennité, la pureté dont on souhaite revêtir la Justice et à laquelle le décret de 1996 semble vouloir renvoyer, véritable pastiche du droit et de la procédure pénale sur de nombreux

¹⁴⁷¹ Article D. 250 CPP

¹⁴⁷² Sur amendement parlementaire

¹⁴⁷³ 3° de l'article 726 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

¹⁴⁷⁴ Alinéa 3 de l'article R. 57-7-8 CPP

¹⁴⁷⁵ Article 3 du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

¹⁴⁷⁶ Circulaire du 2 avril 1996, p. 172

points¹⁴⁷⁷. Le décret d'application du 23 décembre 2010 a posé un premier correcteur face à ce risque en interdisant désormais que le rédacteur du rapport puisse siéger en commission¹⁴⁷⁸.

De manière plus symptomatique encore, le défaut, et le fossé avec le procès pénal, demeure le cumul des fonctions de procureur (pouvoirs de poursuite), de juge d'instruction (direction de l'instruction et pouvoir de décider d'un placement préventif en cellule disciplinaire, resté en outre jusqu'en 2008 une mesure d'ordre intérieur¹⁴⁷⁹), de juge (pouvoir exclusif, en tant que président de la commission de discipline de droit, de décider de la sanction et de ses modalités d'application) puis de juge d'application des peines (pouvoir de décider de toute forme d'aménagement des modalités d'exécution de la sanction) reconnu au chef d'établissement, et ce dans toute l'ampleur de chacune de ces fonctions. L'indépendance dont doit jouir tout organe de jugement, n'est absolument pas respectée.

L'audience se calque, dans la mesure du possible, sur celle pénale. Le contexte matériel peut chercher à rappeler la salle d'un palais de Justice : barre ou cercle symbolique servant « [...] à mettre à distance de ses juges l'inculpé [...] »¹⁴⁸⁰, table généralement surélevée sur une estrade derrière laquelle sont assis « les juges » de l'occasion. Comme au procès, le Président de la commission demande au détenu de décliner son identité, puis après lecture des faits et éventuellement, des conclusions du rapport d'enquête, le détenu, s'il a accepté de se présenter, est entendu pour s'expliquer. Il est intéressant de noter que la circulaire ne parle pas de défense à ce stade : le détenu serait-il, arrivé à cette étape, considéré comme nécessairement coupable ?¹⁴⁸¹ Le président peut ensuite questionner le détenu, faire entendre des témoins et éventuellement, demander des informations complémentaires nécessitant approfondissement de l'enquête, en conséquence de quoi l'affaire est renvoyée à une audience ultérieure. Les délibérations de la commission sont secrètes, au terme desquelles le président rend sa décision en présence, cette fois, du détenu^{1482 1483}.

L'ensemble de l'audience, qui a perdu son caractère public avec le décret de 1996¹⁴⁸⁴, doit

¹⁴⁷⁷ Cf. notamment circulaire du 2 avril 1996, pp. 171-172

¹⁴⁷⁸ Alinéa 1er de l'article R. 57-7-14 CPP

¹⁴⁷⁹ Le revirement sur ce point a été effectué par l'arrêt du Conseil d'Etat du 17/12/2008, « *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293786, ([en ligne], Légifrance ; *AJP*, 2009, pp. 87 et s.). L'état antérieur du droit, faisant de ce placement préventif en cellule disciplinaire une mesure d'ordre intérieur non susceptible de recours pour excès de pouvoir, avait été fermement rappelé dans l'arrêt de la même juridiction du 12/3/2003 « *Ministre de la Justice c/ FREROT* », req. n° 237437, (*Rec. Lebon*, 2003, p. 121 ; *AJDA*, 2003, pp. 1271 et s., concl. T. OLSON ; *RFDA*, sept.-oct. 2003, pp. 1012-1015 et note J-P. CERE)

¹⁴⁸⁰ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 490

¹⁴⁸¹ Cf. circulaire du 2 avril 1996, p. 172

¹⁴⁸² Alinéa 4 de l'article D. 250-4 CPP

¹⁴⁸³ Durant toute la procédure, le détenu étranger ou sourd-muet peut, dans la théorie, bénéficier des services d'un interprète (article D. 250-3 CPP). L'application pratique de ce droit minimal pour un accusé reste extrêmement compromise, voire bafouée dans nombre de cas tant elle est difficile à mettre en oeuvre. Certaines dialectes ou langues africaines, par exemple, ont peu d'interprètes et surtout, il n'est pas forcément aisé pour un établissement situé en rase campagne de faire venir un interprète, logeant rarement même dans la ville la plus proche, surtout si la langue est rare. Or cet accès à un interprète doit prendre place dans une logique disciplinaire qui peut imposer une réponse rapide, donc une audience ayant lieu, sinon suite aux trois heures réglementaires, au moins dans la journée. (cf. à ce propos V. BIANCHI, « La défense en matière pénitentiaire », *AJP*, n° 11/2005, p. 408)

¹⁴⁸⁴ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 490. Il faut souligner ici un nouveau point de discordance entre la procédure disciplinaire et son modèle pénal. Le choix du secret a été fait en 1996 eu égard à l'atmosphère de ces audiences parfois troublée par le public, composé de surveillants qui avaient tendance à faire pression sur l'autorité disciplinaire voire même, aux dires de Martine HERZOG-EVANS, à « [...] troubler les audiences voire les délibérations en s'y mêlant. » (M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 490). Ces affirmations peuvent être étayées par le *Rapport du Comité Européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sur la visite effectuée en France du 27 octobre au 8 novembre 1991* (CPT/Inf (93) 2), [en ligne] (Strasbourg, rapport adopté le 4 janvier 1992 et publié le 19 janvier 1993) qui, dans son § 138, regrette une présence en masse de surveillants assistant comme simples spectateurs aux débats qui crée effectivement « [...] une atmosphère vindicative tout-à-fait inappropriée » au contexte d'audience disciplinaire. Comme elle le souligne, si la réforme, instaurant le secret, a réglé ce problème, elle joue plutôt comme une rétrogradation par rapport à ses avancées dans la sortie du paradigme de l'institution totale. C'est en effet un retour à l'opacité de la vie interne de

faire l'objet d'une transcription écrite, et la décision finale, nécessairement motivée, doit être « [...] immédiatement notifiée par écrit au détenu »¹⁴⁸⁵. La notification doit mentionner la possibilité de former un recours administratif mais dans le seul délai de quinze jours à compter de la notification, ainsi que le caractère obligatoire de ce recours pour former, éventuellement, par la suite un recours contentieux.

Le CPT se montre critique envers une procédure qui reste encore, à son goût trop peu équitable et contradictoire ; il regrette l'absence de confrontation directe entre les points de vue du détenu et de l'agent verbalisateur, lui-même absent à l'audience, ainsi que l'ambiance défavorable au détenu qu'implique l'absence de public et, en conséquence, une immersion complète du détenu, en position d'accusé, dans un entourage de personnel pénitentiaire¹⁴⁸⁶. On notera pour terminer que le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 introduit la notion de prescription des faits d'une part, puis de l'exécution de la sanction d'autre part : le délai, de six mois dans tous les cas, commence à courir à partir du moment de la découverte des faits pour la première¹⁴⁸⁷ et à partir du prononcé de la sanction pour la seconde¹⁴⁸⁸.

c - Les suites de la procédure disciplinaire : la possibilité de recours contre la décision de la Commission de discipline

La possibilité d'un recours contentieux, conditionné néanmoins par un recours administratif préalable¹⁴⁸⁹, est une conséquence directe de la jurisprudence « MARIE » à double titre. La décision aurait été potentiellement contestable devant le juge administratif suite au fameux arrêt du Conseil d'Etat, mais les rédacteurs du décret n'en ont pas moins suivi les conseils du commissaire du Gouvernement FRYDMAN quant à l'instauration d'un recours administratif préalable obligatoire, dans l'objectif clairement avoué de limiter le nombre de recours contentieux et de répondre à la crainte d'un engorgement des tribunaux administratifs¹⁴⁹⁰. En conséquence, ce ne sera pas la décision du président de la commission de discipline, mais celle du directeur régional ayant entériné cette première décision qui sera déférée au juge de l'excès de pouvoir.

L'ouverture d'une contestation possible de la décision disciplinaire devant les tribunaux de droit commun place la procédure disciplinaire dans une logique juridictionnelle classique. Il s'agit bien, dans ce cadre, de faire ressortir la nature purement administrative de la décision disciplinaire, qui ne vient ainsi pas se placer en juridiction de premier degré faisant l'objet d'appel, mais qui est contestée dans une première étape – au-delà du recours administratif préalable – devant une juridiction de première instance. Cependant, toute louable que soit cette inscription, elle est entachée d'un défaut majeur : ni le recours administratif ni le recours contentieux qui lui succède le cas échéant ne sont suspensifs. En conséquence de quoi, le détenu aura généralement purgé sa sanction avant que l'affaire ne soit délibérée et que sa contestation ne soit éventuellement jugée fondée, entraînant l'annulation de la décision. Seule la procédure des référés peut s'avérer une solution sur ce point. Innovation saluée de la loi du 24 novembre 2009 : elle ouvre un principe de possibilité de recours en référé-liberté devant la juridiction administrative¹⁴⁹¹, là où le juge administratif excluait le placement en cellule disciplinaire – qu'il considère comme une simple modification du régime de détention¹⁴⁹² – comme étant, en soi, un

l'institution, sur un sujet crucial comme la justice interne, en lui-même déjà représentatif d'une empreinte totalitaire, qui réapparaît ici. Elargir la publicité des audiences à tout public aurait-il été une solution plus satisfaisante ? La question peut susciter des débats.

¹⁴⁸⁵ Cf. circulaire du 2 avril 1996, p. 174 et alinéa 4 de l'article D. 250-4 CPP

¹⁴⁸⁶ CPT, *Rapport au Gouvernement [...] relatif à la visite effectuée en [...] du 27 septembre au 9 octobre 2006*, [en ligne], *op. cit.*, 2007, p. 90, § 224. La critique sonne comme un pied-de-nez quand on se souvient des motifs pour lesquels cette publicité de l'audience a été supprimée.

¹⁴⁸⁷ Article R. 57-7-15 CPP

¹⁴⁸⁸ Article R. 57-7-27 CPP

¹⁴⁸⁹ Article D. 250-5 CPP

¹⁴⁹⁰ P. FRYDMAN, « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions [sur CE, 17/2/1995, « M. Pascal MARIE »] », *op. cit.*, *RFDA*, 1995, pp. 364-365

¹⁴⁹¹ Nouvel alinéa 5 de l'article 726 CPP, tel que modifié par l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

¹⁴⁹² CE, ord. ref., 10/2/2004, « Garde des sceaux c/ M. SOLTANI », req. n°264182, inédit au recueil, évoquée dans J.-M. SAUVE, « Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif », intervention à l'IEJ de Lille II [en ligne], site du conseil d'Etat

motif d'atteinte grave à une liberté fondamentale¹⁴⁹³. Or en cas de décision favorable dans le cadre du référé-liberté, le juge peut ordonner une suspension provisoire de la mesure en cause, dans l'attente de la décision au fond. La présomption d'urgence n'a néanmoins pas été retenue dans la loi, malgré une proposition faite par la Commission mixte paritaire qui voulait ainsi systématiser davantage l'ouverture de la voie du référé à l'égard de ces décisions.¹⁴⁹⁴ Le juge administratif profite pleinement de cette latitude d'appréciation qui lui est encore laissée : dans son arrêt du 22 avril 2010¹⁴⁹⁵, le Conseil d'Etat continue d'estimer que le placement en cellule disciplinaire, qu'il persiste à qualifier de « [...] *modification temporaire du régime de détention* [...] », n'est pas par essence « [...] *constitutive d'une situation d'urgence* [...] » ; il n'accepte donc de considérer cette condition d'urgence comme remplie uniquement au cas par cas, si le requérant invoque des arguments en lien avec sa situation individuelle et personnelle.

En outre, cette infiltration du juge dans le processus fait perdre au droit disciplinaire une part importante de sa dimension discrétionnaire. La liberté de choix entre les sanctions est désormais frappée d'un contrôle normal de la part du juge administratif, ses décisions doivent être motivées pour justifier son choix.

Il est d'ailleurs reconnu par la doctrine que l'ouverture des décisions disciplinaires au recours juridictionnel a été le déclencheur d'une amélioration notoire de la qualité des décisions rendues par les commissions de discipline, prenant garde à asseoir leurs décisions sur des faits avérés et des preuves étayées, motivant le choix des sanctions eu égard à la personnalité de l'auteur et des faits reprochés¹⁴⁹⁶.

La menace de la censure a été renforcée par un second aiguillon bénéfique : l'entrée de l'avocat dans le prétoire. Si ces réformes ont eu un effet louable pour le Droit eu égard à cette amélioration qualitative des décisions, le bénéfice des efforts contraints est également revenu à l'Administration pénitentiaire elle-même, dont les décisions ont en conséquence gagné en légitimité¹⁴⁹⁷. Julien MOREL d'ARLEUX, ancien directeur des services pénitentiaires, signale d'ailleurs qu'« [à] l'issue de cette procédure rénovée, le détenu accepte généralement mieux la sanction prononcée, car il a le sentiment, à juste titre, d'avoir été entendu. »¹⁴⁹⁸

■ 3. L'entrée de l'avocat dans le prétoire¹⁴⁹⁹

L'article 24 de la loi du 12 avril 2000 impose que toute personne objet d'une décision défavorable, et notamment d'une décision infligeant une sanction, outre qu'elle doit être mise à

¹⁴⁹³ CE, ord. ref., 10/2/2004, « *Garde des sceaux c/ M. SOLTANI* », préc., commenté par Pierrette PONCELA, dans « Chronique de l'exécution des peines. Années 2004-2005 », *RSC* 2006, p. 426. Deux autres exemples antérieurs sont relevés par Jean-Paul CERE dans « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *AJP* n° 11/2005, p. 395 : CE, 4 déc. 2002, req. n° 252164, inédit ; TA Rouen, 13 mars 2003, req. n° 03-0471, inédit

¹⁴⁹⁴ Cette réforme permettra vraisemblablement d'éviter, à l'avenir, les condamnations de la Cour européenne, sur le fondement de l'article 13, contre l'impossibilité de recours effectif jusque là en vigueur : dans son arrêt « *PAYET c/ France* » du 20/1/2011, req. n°19606/08, (préc.) elle a en effet sanctionné l'Etat français, *a posteriori*, qualifiant ce recours d'« [...] *inapte à prospérer en temps utile* [...] » (§ 133) dans la mesure où l'absence de caractère suspensif se double de l'obligation de recours administratif préalable qui laisse un mois au directeur régional pour statuer, soit la quasi totalité du temps de détention en cellule disciplinaire pour les durées maximales de sanction d'alors (qui étaient de quarante-cinq jours avant la réforme du 24 novembre 2009), et alors que ce n'est qu'une fois la décision du directeur connue qu'elle peut être contestée devant le tribunal administratif. Comme le rappelle à cette occasion le juge européen, « [...] *pour être effectif au sens de l'article 13 de la Convention, un recours interne devait donc présenter des garanties minimales de célérité.* » (§ 131).

¹⁴⁹⁵ CE, 22/4/2010, « *Monsieur A* », req. n° 338662, [en ligne], Légifrance

¹⁴⁹⁶ Cf. J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 404

¹⁴⁹⁷ On remarque, pour commencer, un changement dans les stratégies de la politique disciplinaire au sein des établissements, le renvoi en commission de discipline devenant moins systématique. Pour des fautes vénielles, des incidents moindres la tendance est à l'augmentation des règlements informels et le nombre des annulations de procédure par le chef d'établissement a également progressé. Le nombre de reports d'instance pour complément d'enquête a, là encore, crû, en lien direct avec le dialogue s'instaurant avec le défenseur. (source : J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 403)

¹⁴⁹⁸ J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 403

¹⁴⁹⁹ On notera que désormais, les dispositions concernant les mandataires pouvant être choisis par les personnes détenues et la procédure d'agrément sont inscrites aux articles R. 57-6-8 à R. 57-6-16 du Code de procédure pénale, issus du décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) »

même de présenter ses observations écrites ou orales avant la prise de ladite décision, puisse se faire assister par un conseil ou représenter par le mandataire de son choix. Article applicable en prison dès la circulaire d'application du 31 octobre 2000¹⁵⁰⁰, en conséquence de quoi l'avocat – ou tout titulaire d'un permis de visite et d'un agrément à cette fonction, mais en aucun cas une personne incarcérée¹⁵⁰¹ – ont eu le droit d'entrer au prétoire¹⁵⁰². Un droit qui n'a fait que monter les échelons de la reconnaissance juridique, en terme de valeur du support juridique : un décret¹⁵⁰³ est venu remplacer en 2005, en la modifiant sur quelques détails, la circulaire de 2000, afin de donner au droit ainsi créé le degré de valeur juridique supérieur requis par la loi du 12 avril 2000, et lui-même a vu ses dispositions codifiées en 2006¹⁵⁰⁴. La loi du 24 novembre 2009 a achevé cette ascension pour le droit-phare de ce *corpus*, celui à l'avocat en matière disciplinaire en lui offrant une valeur législative, de même qu'elle entérine l'ouverture de l'aide juridictionnelle pour ce type de procédure¹⁵⁰⁵. Au-delà du bond en avant symbolique et qualitatif, sur le plan de la protection des droits du détenu, que cette mesure a permis, l'ingérence d'un tiers – l'avocat – dans le rapport de force dual et intrinsèquement microcosmique entre administration et détenu aide à détendre cet instant paroxystique qu'est l'instance disciplinaire, avec tout ce qu'elle cristallise. Comme l'explique encore Monsieur MOREL d'ARLEUX, cette présence tierce « [...] permet de dépasser [...] les conséquences émotionnelles de l'incident. »¹⁵⁰⁶.

Le respect des droits de la défense induit par l'introduction du droit à un avocat dans le cadre de la procédure disciplinaire a obligé quelques réformes de points effectivement illégaux au regard du droit commun telles que la non-communicabilité des rapports d'incident et d'enquête¹⁵⁰⁷. Désormais, l'ensemble du dossier retraçant la procédure doit être transmis à l'avocat, au mandataire agréé, ou au détenu, s'il décide d'assurer seul sa défense. L'ensemble de la partie procédurale a dû être renforcée, l'administration a dû se professionnaliser davantage, et même se spécialiser, sur ce point¹⁵⁰⁸ pour atteindre une maîtrise sans tâche d'un domaine sur lequel l'oeil du professionnel juriste est sans pitié¹⁵⁰⁹. La procédure s'avère d'ailleurs suffisamment complexe, et nécessitant suffisamment de soin, donc de temps à y consacrer, pour que Christophe CARDET plaide pour une véritable spécialisation de la fonction d'instruction dans le cadre de la procédure disciplinaire. Il met surtout en avant qu'une telle spécialisation, sanctionnée par un agrément officiel, pourrait atténuer le cumul des fonctions du chef

¹⁵⁰⁰ Circulaire n°AP 2000-05 CAB-DIR/3161062000 (JUSE0040087C) du 31 octobre 2000, « Procédure disciplinaire des détenus »

¹⁵⁰¹ Cf. point 1.2 du II de la circulaire du 31 octobre 2000 et l'article 4 du décret du 25 juillet 2002, listant les conditions devant être remplies pour obtenir l'agrément, parmi lesquelles figure en premier lieu « *Ne pas être incarcérée* ». Depuis l'entrée en vigueur de la quasi totalité des dispositions du décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) », ces conditions ainsi sont fixées par l'article R. 57-6-12 CPP.

¹⁵⁰² Alinéa 1er de l'article D. 250-4 CPP

¹⁵⁰³ Décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 pris pour l'application de l'article 24 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 à l'administration pénitentiaire et relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues, JORF du 1er/8/2002

¹⁵⁰⁴ Le décret n° 2006-337 du 21 mars 2006 « modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux décisions prises par l'administration pénitentiaire » a en effet abrogé ce décret en tant qu'acte autonome pour mieux codifier ses dispositions aux articles R. 57-9-1 à R. 57-9-10 CPP

¹⁵⁰⁵ 4° de l'article 726 CPP dans sa nouvelle rédaction issue de l'article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

¹⁵⁰⁶ J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 403

¹⁵⁰⁷ Cf la circulaire du 31 octobre 2000, « Procédure disciplinaire des détenus »

¹⁵⁰⁸ Julien MOREL d'ARLEUX comme Christophe CARDET signalent que des cycles de formation ont été créés sur ce sujet afin de permettre au personnel surveillant d'encadrement de mener des enquêtes disciplinaires plus rigoureuses et de mieux gérer cette part de leur mission (cf. J. MOREL d'ARLEUX, « Politique disciplinaire et gestion de la détention », *op. cit.*, 2005, p. 403 et Ch. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison », *op. cit.*, 2006, pp. 868-869). En effet, le simple fait que le dossier soit communicable dans son intégralité à un expert juriste tel que l'avocat oblige à respecter toutes les règles de forme et de procédure, parfois complexes et véritables pièges pour l'agent non averti. L'enjeu est important car la moindre faille peut ouvrir sur un recours pour vice de forme. (Ch. CARDET, « Les procédures disciplinaires en prison », *op. cit.*, 2006, p. 867)

¹⁵⁰⁹ Quoique les avocats eux aussi ont dû se former à cette nouvelle matière, formations pour lesquelles les centres de formation à la profession d'avocat ont apparemment été moins prompts à la réaction que l'ENAP.

d'établissement en offrant une véritable autonomie au gradé dans la décision de l'opportunité d'ouvrir une enquête et de la réaliser ou l'encadrer. Une reconnaissance statutaire de cette mission pourrait obliger à dégager du temps pour ces enquêtes, permettant d'éviter la précipitation actuelle néfaste à l'impartialité de cette instruction. Il est vrai qu'un problème majeur entachant cette impartialité risque de demeurer, par contre, à ce niveau, dans la mesure où le devoir d'instruire une enquête à charge et à décharge vient se heurter au principe de la charge de la preuve de la faute disciplinaire incombant à l'administration¹⁵¹⁰. Il faudrait réellement imaginer une occultation totale de l'esprit de corps de la part de ces enquêteurs pour qu'ils ne privilégient pas la démonstration de cette faute au détriment de la recherche des preuves à décharge. Mais sans doute cette meilleure maîtrise des outils d'enquête et cette reconnaissance d'un temps réservé à ces investigations seraient déjà une amélioration du respect de cette impartialité.

Cependant, si dans la théorie ces droits sont enfin minutieusement reconnus et protégés, notamment par la circulaire du 9 mai 2003 qui les liste dans un descriptif extrêmement classique -obligation d'information du détenu de ses droits lors de la notification de ce qui lui est reproché, l'obligation du respect du délai minimal de trois heures¹⁵¹¹ entre notification et comparution qui doit permettre, le cas échéant, à l'avocat de s'entretenir avec son client et de préparer de manière effective la défense, accès au dossier du détenu, présence du défenseur lors de l'audience etc.- les lacunes dans les garanties du procès pénal restent dénoncées¹⁵¹².

Ce droit à l'avocat doit être effectif. En conséquence, outre la nécessaire aide juridictionnelle qui s'est mise en place afin de permettre même aux détenus les plus indigents de bénéficier de cette défense¹⁵¹³, il s'agit que le détenu soit réellement mis à même de pouvoir prévenir son avocat ou le mandataire agréé qu'il a choisi en toute liberté, et il incombe à l'administration « [...] de fa[ire] diligence pour que [ledit] avocat [...] soit informé de la date et de l'heure de l'audience »¹⁵¹⁴. En cas d'absence du défenseur requis, le Président de la commission de discipline ne peut refuser le renvoi de l'audience motivé par cette absence^{1515 1516}. Cette mesure jurisprudentielle salutaire empêche toute tentation de contournement du droit au défenseur par l'administration trop alerte à jouer avec les délais minimaux autorisés entre la notification de la convocation devant la commission de discipline et la comparution, et plus généralement, rend effectif un droit difficilement applicable sans cette condition minimale. Mais même malgré ce premier pas, le problème de la préparation de la défense en liaison avec un avocat reste parfois un chemin semé d'épines, ces épines devenant des obstacles mal surmontables dans une course contre la montre : il s'agissait, en trois heures, de faire prévenir l'avocat, que ce dernier soit immédiatement disponible, vienne en prison, en tenant compte du trajet parfois important entre le cabinet et l'établissement pénitentiaire et, une fois arrivé, ait

¹⁵¹⁰ Principe reconnu par TA Marseille, 4/3/1998, « MARIA », inédit mais cité dans J.-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 1999, « Chroniques », p. 512

¹⁵¹¹ Etendu à vingt-quatre heures par le nouvel article R. 57-7-16 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

¹⁵¹² V. BIANCHI, « La défense en matière pénitentiaire », dans « Les sanctions disciplinaires en prison » [dossier], *AJP*, nov. 2005, n°11/2005, p. 408

¹⁵¹³ Oubliée lors de la mise en place de l'application de la loi du 12 avril 2000 dans les prisons, et même expressément évincée pour la matière disciplinaire dans la première circulaire d'application de la loi, datant du 31 octobre 2000, l'aide juridictionnelle a finalement été reconnue pour cette procédure, et organisée par l'article 151 de la loi de finances pour 2002, complétée par le décret n°2002-366 du 18 mars 2002 et par une circulaire du 18 avril 2002. (source : V. BIANCHI, « La défense en matière pénitentiaire », *op. cit.*, 2005, p. 407)

¹⁵¹⁴ J.-P. CERE, « Le droit pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *op. cit.*, 2005, p. 394. A ce sujet, le Tribunal administratif de Versailles a précisé que l'obligation n'était pas remplie si l'administration se cantonnait à l'envoi d'un courrier type au barreau (TA Versailles, 8/4/2004, *AJP*, 2004, p. 250, obs. P. REMILLIEUX, cité par J.-P. CERE, « Le droit pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », *op. cit.*, 2005, n°11, p. 394)

¹⁵¹⁵ TA de Toulouse, 30/11/2004, *AJP* 2005, p. 78, obs. J.-P. CERE ou TA Pau, 17/6/2006, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1097, obs. M. HERZOG-EVANS

¹⁵¹⁶ En outre, le tribunal administratif de Rouen a retenu l'indemnisation d'un détenu au titre de sa perte de chance de se voir infliger une punition moindre que celle qu'il a eu à purger du fait de l'absence de son avocat lors de l'audience disciplinaire (TA Rouen, 30/7/2004, « Monsieur N. », req. n° 0200894, *AJP* n°11/2004, 2004, p. 414)

encore le temps de discuter avec son client, prendre connaissance du dossier de manière sérieuse – donc là encore, un minimum de temps s'imposant – et de préparer une ligne de défense¹⁵¹⁷. Il est certain que le rallongement du délai à vingt-quatre heures porté par le nouvel article R. 57-7-16 CPP, le défi peut être relevé de manière beaucoup plus réaliste et loyale. Par contre, le problème du défaut d'interprète, signalé précédemment, se pose à nouveau avec acuité dans le cadre de cette préparation de la défense, car là encore, comment discuter avec un client dont on ne connaît pas la langue ? De toute évidence, la situation appelle à un meilleur cadrage de ce qui est entendu derrière le droit effectif à un avocat et sa conciliation avec le délai minimum de préparation.

La procédure disciplinaire a encore d'importants progrès à faire pour respecter les principes du droit au procès équitable imposés à tout procès, à commencer par le procès pénal, par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵¹⁸. Reste alors la vraie question : la procédure disciplinaire, tout pastiche du procès pénal qu'elle se veuille, doit-elle réellement se judiciariser intégralement. Des auteurs comme Christophe CARDET ou Eric PECHILLON mettent en avant le caractère bien spécifique de l'instance disciplinaire pénitentiaire, dont l'objectif diffère sensiblement du procès pénal. Ayant à voir avec la gestion administrative de l'établissement autant qu'avec la procédure pénale, au sens de réponse punitive à une infraction, et devant s'insérer dans un contexte bien singulier où la rigueur de la discipline doit être omniprésente et être constamment rappelée, la pertinence du maintien de chaque principe pose question, et il faut s'interroger sur les priorités à adopter : peut-être que, dépassant la théorie, un maintien d'un certain nombre de particularités procédurales en contradiction avec les principes du procès équitables, s'avérerait plus efficace ? Entendons-nous bien : il ne s'agit pas de laisser le droit actuel en l'état mais d'éviter la démarche inverse de la mise à bas intégrale d'un système qui a également ses raisons d'être. De faire preuve de discernement pour une réforme sensée donc. Ainsi, pour Boris TARGE, ce pastiche de procédure juridictionnelle dans lequel on avance a peu de sens. Il vaut mieux, selon lui, jouer pleinement sur l'éducatif, rester dans le relationnel, l'explication en termes simples mais directs de la loi et de ses raisons d'être, du rapport direct entre l'infraction commise, le danger et donc la punition, préférer s'assurer une forme de reprise éducative, en cours ou à la fin de la sanction disciplinaire, plutôt que d'imposer tout un formalisme dans la procédure, laissant le détenu dubitatif face à une application du droit pouvant rester un peu abstraite. On redonne dans ce cadre, une réelle profondeur symbolique, et donc un sens avéré, à la punition disciplinaire, davantage accessible au détenu que toute l'emphase juridictionnelle pastichant le procès pénal, et qui impose d'ailleurs au personnel pénitentiaire, notamment aux présidents de commissions de discipline, une casquette de magistrat qu'ils ne revendiquent pas forcément¹⁵¹⁹. De même, la sanction prononcée n'a alors plus vraiment besoin de « faire mal » : on ne serait plus dans le champ du coercitif ou du répressif mais là pour poser les limites.

◇ **b) *En psychiatrie, l'occultation officielle et l'exercice déguisé du pouvoir disciplinaire***

Concernant l'institution psychiatrique, la volonté de se débarrasser des images d'un passé qu'elle veut révolu¹⁵²⁰ amène à occulter cette part disciplinaire pour n'évoquer que des mesures thérapeutiques¹⁵²¹. Mais cette occultation même est une résurgence de son passé d'institution totale à dimension totalitaire : à l'étude, on remarque, que loin d'être face à une disparition des

¹⁵¹⁷ Cf. à ce propos, V. BIANCHI, « La défense en matière pénitentiaire », *op. cit.*, 2005, p. 407-408

¹⁵¹⁸ Mais rappelons que cette Cour a bien précisé, dans le récent arrêt « *PAYET c/ France* » du 20 janvier 2011 qu'elle ne considère pas l'instance disciplinaire comme un procès pénal et refuse donc de considérer l'article 6 CEDH comme lui étant applicable (§ 94 à 100) .

¹⁵¹⁹ Là encore, tout dépend des écoles, l'une d'elles étant au contraire une fervente partisane de la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire.

¹⁵²⁰ Et qui n'a, dans tous les cas, jamais été aussi ostentatoire qu'en prison, comme on a pu l'exposer dans la partie précédente (cf. chapitre II).

¹⁵²¹ Hors quelques mesures telles que la confiscation d'objets qui sont généralement effectivement reconnues comme purement disciplinaires par les services.

mesures disciplinaires individuelles, on assiste fréquemment à une dilution de ces mesures dans celles dites thérapeutiques, comme cela se pratiquait dans l'institution du XIX^e siècle¹⁵²². De toute évidence, l'existence de sanctions disciplinaires individuelles paraît incontournable pour permettre aux équipes soignantes de mener à bien leur mission, et il n'existe pas de service public sans ordre intérieur sanctionné par des mesures de rétorsion à l'égard des usagers en cas d'infraction à la règle. Le principe semble intrinsèque au fonctionnement même de l'institution qu'est le service public¹⁵²³.

Mais ce qui semble problématique est ce maquillage persistant de la sanction – du moins s'agissant des mesures les plus graves¹⁵²⁴ – qui peut amener à ôter la confiance dans le service et dans la croyance en son absence d'arbitraire. On comprend cependant la difficulté : la différence est ténue entre d'une part, les mesures disciplinaires prises dans le cadre de la mission (ré)éducative soignante ou dans celui de l'autorité disciplinaire reconnue aux équipes pour faire régner une atmosphère, sinon harmonieuse, en tout cas assurant la sécurité à toutes les personnes présentes, et d'autre part, les mesures thérapeutiques visant à calmer un malade agité, parfois dangereux. De toute évidence, certaines mesures sont revêtues, dans certaines situations, des deux titres conjointement. Il est en général reconnu comme légitime, au sein des équipes soignantes, de pratiquer l'isolement, voire la contention, dans un objectif sécuritaire¹⁵²⁵, par contre, la fonction de punition de ces mêmes mesures est *a priori* réprouvée¹⁵²⁶. Dans la pratique, la menace de ces mesures est utilisée par certains soignants comme moyen de pression pour obtenir d'être obéi par les patients.¹⁵²⁷ Et plus concrètement, *a priori*, la dimension thérapeutique de ces mêmes mesures est toujours contrôlée par un médecin, seule autorité ayant le pouvoir de les prescrire ; mais nombre de témoignages rapportent les connotations disciplinaires jouant comme une victoire dans un rapport de force entre infirmier(s) et patient, et masquées officiellement derrière des allégations de troubles nécessitant ces mesures¹⁵²⁸. Et même sans être disciplinaire au sens de sanctionnatrice, la mise sous contention d'un patient s'opposant à sa prise de médicament peut être effectivement justifiée par une nécessité doublement thérapeutique – la prise du médicament est fondamentale étant donnée l'état du malade par exemple, et le patient s'énervé de manière inconsidérée –, énervement qui apporte également la justification sécuritaire à la mise sous contention – là encore, une raison considérée légitime – mais cette mesure s'analyse cependant, au premier chef, comme la marque d'une discipline à respecter : le malade doit prendre ce médicament, il s'agit donc d'adopter la mesure adéquate pour que l'ordre soit respecté¹⁵²⁹.

¹⁵²² Cf à ce sujet nos développements *supra*, pp. 93-94.

¹⁵²³ Cf à ce sujet nos développements *supra*, pp. 89 et s.

¹⁵²⁴ C'est-à-dire celles touchant aux droits des patients, et notamment la mise sous contention et le placement à l'isolement.

¹⁵²⁵ Cf. J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, *op. cit.*, 2002, notamment p.78 et p. 80 ; D. FRIARD, « Attacher n'est pas contenir », *Santé mentale* n° 86, mars 2004, pp. 19-21 ; J. PALAZZOLO, « Contention : état des lieux », *Santé mentale* n° 86, mars 2004, pp. 37-38

¹⁵²⁶ Cf. J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, *op. cit.*, 2002, pp. 48-49. ; D. FRIARD, « Attacher n'est pas contenir », *op. cit.*, 2004, pp. 20-21. C'est aussi la position que cet auteur défend de manière générale, estimant, même, comme toute une part de la doctrine psychiatrique, qu'il est rarement nécessaire d'attacher un patient, des solutions alternatives existant. (cf. son ouvrage *Isolement en psychiatrie : séquestration ou soin ?*, *op. cit.*, 2002 et son article « Attacher n'est pas contenir », *op. cit.*, 2004, pp. 16-26). Ceci dit, Jérôme PALAZZOLO, dans sa revue de littérature, cite des auteurs, tels que MASON, moins définitifs sur le rejet d'une connotation punitive de la contention (J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, *op. cit.*, 2002, p. 48)

¹⁵²⁷ Cf. pour exemple, J. PALAZZOLO, « Contention : état des lieux », *op. cit.*, 2004, p. 32.

¹⁵²⁸ J. PALAZZOLO, « Contention : état des lieux », *op. cit.*, 2004, p. 33. L'auteur replace cette mesure, devenant un véritable instrument de pouvoir, dans le cadre des jeux de pouvoirs entre des groupes d'individus analysés notamment par Michel FOUCAULT, en tant que technique disciplinaire « [...] exercée[...] par un groupe de sujets afin de contrôler la conduite d'un autre groupe. » (J. PALAZZOLO, « Contention : état des lieux », *op. cit.*, 2004, p. 33). La pratique de la contention doit donc déboucher sur une interrogation éthique constante, qui doit tenir compte de « [...] [cette] maîtrise, [cette] toute des soignants, [...] [une] pratique qui engage notre responsabilité morale [en tant que soignants] ». (P. TOUZET, « Pour une éthique de la contention », *Santé mentale* n° 86, mars 2004, p. 55)

¹⁵²⁹ De toute évidence, cette assertion appelle des nuances dans l'exposé de la situation, certaines équipes cherchant davantage, en amont, la conciliation, acceptant un refus de prise de médicament dont le médecin sera informé,

Une clarification, autant que faire se peut, de la nature des mesures prises et la reconnaissance décomplexée de mesures purement disciplinaires, légitimées par leur fonction éducative et de maintien de l'ambiance harmonieuse et sécurisée du service, serait un progrès à un triple titre : sur un plan pratique eu égard à l'exercice effectif des droits des patients ; sur un plan symbolique elle assurerait la reconnaissance au patient d'un statut de sujet capable de faire la différence entre discipline et thérapeutique, quitte éventuellement à en jouer ; et enfin, sur un plan pédagogique, elle permettrait la différenciation de nature des mesures pouvant amener à une responsabilisation du patient. Cette clarification permettrait l'acquisition d'une confiance renforcée envers une institution aux arcanes compréhensibles, dont la transparence nouvelle balayerait les craintes d'arbitraire dans les prises de décisions¹⁵³⁰. Cette clarification pourrait passer simplement par l'énoncé clair, dans le règlement intérieur de l'établissement ou de l'unité, des motifs d'infraction et des sanctions applicables, et concernant des mesures très attentatoires à la liberté des patients comme la contention ou la mise à l'isolement, par l'énoncé, dans le cadre des protocoles, des raisons qui peuvent amener à prendre ces mesures. Sans appeler à une lourdeur administrative dissuasive pour la mise en pratique d'un tel système, on pourrait imaginer une formalisation de la mesure au patient verbale, et écrite, avec motivation, pour les sanctions les plus graves. La procédure existe déjà, à quelques détails près, dans nombre de services. Il s'agirait simplement de réattribuer la dénomination « disciplinaire » aux mesures dont c'est la nature intrinsèque. En outre, peut-être pourrait-on espérer d'une telle amélioration du système, une réflexion plus approfondie, à chaque prise de mesures, de son sens et de sa portée.

Dans les deux institutions étudiées, la pratique disciplinaire persiste donc, mais fortement réformée pour rentrer dans les grandes lignes des principes de l'Etat de droit. On ne peut nier les importantes transformations, on ne peut plus réellement parler de système disciplinaire d'institution totalitaire, et pourtant, le fossé semble encore important entre ces pratiques et le droit disciplinaire commun. Ces deux institutions fermées restent rétives à instaurer des mécanismes répondant pleinement aux grandes règles du procès équitable, érigé par nombre de juristes comme l'apogée de la garantie des droits. Mais la question doit se poser de la pertinence de tels systèmes dans des institutions n'accueillant pas un public réellement commun et surtout, accueilli pour des problèmes bien singuliers, qui en viennent à permettre de les enfermer et d'atteindre à un certain nombre de leurs droits et libertés dans des proportions inédites mais aussi insupportables dans tout autre contexte. L'éducatif plane dans ces deux institutions au-dessus du droit disciplinaire, plane même au sein de l'institution et du traitement délivré de manière générale¹⁵³¹. Peut-être, le droit disciplinaire gardera-t-il plus de sens dans ces institutions mais aussi prendra-t-il toute son efficacité s'il en reste à ce niveau. Cela doit-il empêcher la normativisation minimale du système ainsi relu et un enrobage juridique suffisant pour garantir les droits des enfermés ? De toute évidence non. La question est encore une fois un problème de curseur entre la marge de manoeuvre à laisser au pouvoir institutionnel pour une réaction prompte, le cas échéant, et adéquate à la situation concrète, sans pour autant lui laisser une emprise excessive sur les individus qu'elle a à gérer. Des individus qui doivent pouvoir se défendre et conserver des droits dignes de tout être humain, sans risquer l'injustice à la moindre revendication ou au moindre désaccord avec les détenteurs de ce pouvoir, à quelque niveau hiérarchique qu'ils soient. Le droit disciplinaire, dans l'une comme dans l'autre des deux institutions, appellent ainsi encore des progrès en ce sens.

qui pourra éventuellement changer de médication. Mais dans la situation décrite, où ordre est donné que le médicament soit pris, ce qui se produit même dans les services les plus conciliants, le phénomène de l'ordre, acte d'autorité, imposé y compris par la force est bien la manifestation concrète de l'existence d'un corpus de règles fixant les droits et les devoirs, ainsi que les pouvoirs de chaque intervenant, usager compris, au sein du service.

¹⁵³⁰ Il faut souligner que des études scientifiques ont fait ressortir, concernant l'utilisation de contentions mécaniques, le décalage entre, d'un côté, les motivations des soignants, dites toujours thérapeutiques et en faveur du malade, et, de l'autre côté, le ressenti des patients, qui les percevaient comme coercitives, et généralement punitives. (cf. J. PALAZZOLO, « Contention : état des lieux », *op. cit.*, 2004, pp. 30-35)

¹⁵³¹ Les psychiatres reconnaissent eux-mêmes cette dimension éducative que revêt bien souvent la psychiatrie, et qu'il peut devenir difficile de voir la frontière entre le champ éducatif et celui psychiatrique dans la réponse donnée par l'institution au patient. (cf. S. GRISI, intervention lors des *Troisièmes Journées du Vinatier*. « La Psychiatrie : la Loi et l'Ordre », 10 juin 2010)

Ce pouvoir s'inscrit ainsi dans l'évolution de la réalité du pouvoir discrétionnaire exercé dans ces deux institutions, dont il n'est qu'une manifestation. Mais une manifestation qui, en prison, trouve une résonance intéressante, glissant de la représentation emblématique de la dimension éventuellement et facilement arbitraire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire au sein de l'institution totale à un pouvoir diminué dans sa dimension discrétionnaire par une reprise d'un contrôle serré du juge dans sa composante sanctionnatrice. La dimension emblématique du pouvoir disciplinaire demeure, cette entrée du juge le devient également à sa façon, en accord avec la volonté d'évaluation propre au nouveau paradigme institutionnel. Ces deux pouvoirs non contradictoires, par essence, avec l'Etat de droit, sont donc maintenus mais policés pour rentrer dans un moule acceptable pour ce système juridique. Leur caractère discrétionnaire les maintient en apparence dans la légalité. Mais c'est à l'intérieur d'une latitude discrétionnaire hypertrophiée que peut se nicher l'arbitraire ; car de choix en opportunité, on glisse vers la capacité d'utiliser à mauvais escient une réponse appartenant légalement aux outils à sa disposition, une réponse illégitime devenant dès lors illégale dans son utilisation et en tout cas dans des proportions autrement plus graves et lourdes de conséquences sur les individus concernés que dans toute autre institution où le pouvoir discrétionnaire demeure précisément limité. Pouvoirs autrefois au cœur du fonctionnement des anciennes institutions totales – dans une forme, certes dévoyée par la dimension totalitaire du système –, ils ne peuvent pourtant se départir de certaines réminiscences, dont ces deux institutions arguent la nécessité eu égard à la délicate mission qui leur est confiée à chacune.

Il est certain que, si une marge de manoeuvre minimale doit demeurer accordée au pouvoir institutionnel pour un fonctionnement efficace de ces institutions, tout ce qui va constituer la différence entre institution totale et institution « civilisée » va se jouer dans la manière d'utiliser cette latitude, dans son contenu. Sur ces plans, les deux institutions restent parfois sur des schémas anciens. Incapacité à évoluer, aveuglement tant ces fonctionnements ont pénétré l'institution, volonté de conserver ces mécanismes plus faciles de gestion, la responsabilité de ces réminiscences n'en incombe pas uniquement aux entités elles-mêmes, mais aussi à la société et à ses forces politiques qui cautionnent des institutions dont elles définissent démocratiquement la mission et dont elles permettent le fonctionnement ; à la société et à ses forces juridiques et juridictionnelles qui doivent s'emparer de leur mission en contre-pouvoir de contrôle et de réforme le cas échéant.

Dans tous les cas, quelle que soit l'institution, et quels que soient les progrès restant à faire pour aboutir à des institutions faisant mieux la part entre nécessité de dérogation et application du droit commun, la rupture avec le paradigme de l'institution totale est dorénavant affichée et tangible sur le plan du « pouvoir exécutif institutionnel » ainsi que sur celui du « pouvoir de rendre justice institutionnel ». Elle est encore plus flagrante concernant le « pouvoir législatif institutionnel », créateur de la norme appliquée au sein de l'institution.

II. LA CREATION DE LA NORME, ENTRE INTERNALISATION EXORBITANTE DU DROIT COMMUN ET INTEGRATION DU PROCESSUS NORMATIF COMMUN

Même si l'évolution tend à la disparition de l'endogénie comme principe exclusif effectif dans la création de la norme générale dans l'une et l'autre des deux institutions étudiées, une réglementation « locale » plus ciblée demeure nécessaire et requise par l'organisation actuelle du droit. Le principe suit sur ce point le fonctionnement classique de tout service public. En réalité, son impact s'avère déborder les limites habituellement assignées à cette réglementation fortement internalisée et rendre leur réputation de lieu privilégié de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et même d'autarcie normative à ces deux services. C'est pourtant avec moins d'intensité qu'autrefois que cette affirmation se vérifie dans le cadre de l'institution pénitentiaire (B) et encore moins dans celui de l'institution psychiatrique (A).

A · EN PSYCHIATRIE

La norme psychiatrique s'est en effet fortement « désinternalisée » durant les dernières décennies en voyant des pouvoirs ou des instances indépendants d'un éventuel *lobby* psychiatrique national et plus généralistes, tels que le Législateur, se pencher sur cette réglementation (1). Il n'en reste pas moins que le règlement intérieur demeure la loi du service alors qu'il est laissé à la rédaction des médecins du service et sous l'autorité du médecin chef de service (2).

§ 1. La progression vers une « désinternalisation » de la norme

Jusque dans les années 1980, la création de la norme applicable en psychiatrie reste fortement endogène, demeurant de nature administrative, au mieux réglementaire. Emanant directement de la révolution psychiatrique de l'après-guerre, elle ne peut être que le fait de ces psychiatres réformateurs, cherchant à modifier le regard porté sur le fou. Avant 1968, la société n'est pas encore suffisamment sensibilisée au problème ni éduquée sur ce plan pour envisager qu'elle aurait entériné un changement des pratiques tel que l'instauration de la sectorisation ou la prise en compte juridique, dans le cadre d'une règle générale, du procédé des sorties d'essai. Dès lors, par exemple, dans ces deux illustrations, ce sont deux circulaires, établies par le bureau des maladies mentales à la direction générale de la Santé qui font pleinement entrer ces pratiques dans le droit. Des textes généralement rédigés dans le cadre d'une concertation de spécialistes, psychiatres principalement¹⁵³². Pour le quotidien des rapports entre l'institution et le médecin d'un côté, le patient de l'autre, les règles demeurent posées par le règlement intérieur de chaque établissement, calqué sur le règlement-type issu de la circulaire ministérielle du 5 février 1938 et laissant une forte marge d'appréciation au médecin-chef, comme on a pu l'évoquer en première partie. Dès lors, que l'hôpital soit doté ou non d'un directeur non médecin¹⁵³³ gérant spécifiquement la vie administrative de l'hôpital, change peu l'état de fait au niveau du caractère interne de la création d'une norme propre au monde psychiatrique, toujours régenté par le régime dérogatoire de base issu de la loi de 1838 en matière de décision d'enfermement et son prétexte médical. Dans les faits, et de manière pleinement légale, l'organisation de la vie quotidienne au sein de l'hôpital dépend donc d'abord des médecins chefs de service (et, selon le tempérament de ce chef de service, de l'équipe médicale) et en arrière-fond seulement – à titre de garde-fou, en tant qu'autorité validant les décisions de ces experts – du directeur administratif, d'autant qu'on a évoqué la nature de mesure d'ordre intérieur que revêtaient, jusqu'en 1989, les règlements qu'ils pouvaient prendre pour organiser la vie au sein de leurs unités. C'est bien par ce silence organisé que les psychiatres réformateurs ont pu tester leurs nouvelles pratiques de soins dans leurs établissements et services respectifs, mettant à bas le système du classement pavillonnaire, affirmant la pratique de la sortie d'essai comme un soin ouvrant sur la sortie et la réhabilitation des malades etc.

La loi « Sécurité et libertés » du 2 février 1981 amorce une nouvelle ère dans l'histoire des normes en psychiatrie, celle législative. Ce texte offre en effet une première ébauche de statut juridique aux personnes hospitalisées en psychiatrie, mais tout en ne visant que les personnes hospitalisées de leur propre gré. L'étape reste néanmoins importante dans la mesure où c'est un premier statut protecteur de la personne hospitalisée dans ces services qui est ainsi posé et qui inspirera, par la suite, la loi de 1990.

Vont suivre les deux lois de 1985 légalisant la sectorisation psychiatrique puis surtout, celle du 27 juin 1990 remplaçant l'historique texte de 1838. Si les premières sont dans les faits

¹⁵³² Cf notamment la relation de la rédaction de la circulaire du 15 mars 1960 sur la sectorisation dans P. COUPECHOUX, *Un monde de fous, op. cit.*, 2006, p.127

¹⁵³³ La fonction de « médecin-directeur » ne disparaît qu'en 1968, dans le cadre de la réforme du statut des psychiatres publics.

des mesures de spécialistes¹⁵³⁴, visant purement à entériner un système qui n'intéresse véritablement que le monde « psy » et ses usagers, la loi de 1990 a, pour sa part, réellement été un sujet public et un vote démocratique. Légiférant autant sur les droits des personnes atteintes de troubles mentaux que sur les procédures d'hospitalisation et de contrôle, elle confisque l'ensemble de la matière pour y poser un regard nouveau et reconstruire une nouvelle norme. Plus forte symboliquement que révolutionnaire dans la pratique, elle a le mérite de faire de la condition des personnes atteintes de troubles mentaux une affaire concernant l'ensemble de la société. Elle clarifie l'état du droit, légalisant une mesure réglementaire comme la sortie d'essai et rassemblant dans un texte unique toutes les mesures législatives se rapportant à la condition du malade mental, et le met en conformité avec les textes internationaux de l'époque ainsi qu'avec les nouvelles thérapeutiques. Mais surtout, elle exige déjà qu'outre les sept droits inaliénables reconnus au patient hospitalisé sous contrainte, les restrictions à « [...] *l'exercice de ses libertés individuelles* [...] » restent limitées à celles réellement « [...] *nécessitées par son état de santé et la mise en oeuvre de son traitement*. »¹⁵³⁵, sous entendant par là que le malade doit rester, dans la mesure du possible, un citoyen et un patient comme les autres, soumis le plus possible au droit commun.

La loi du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé » vient renforcer cette approche en s'affichant comme une loi « *généraliste* » sans poser de règles particulières pour la psychiatrie¹⁵³⁶. Ce silence affirme évidemment une démarche d'inclusion des personnes hospitalisées en psychiatrie parmi les malades bénéficiant de cette loi et non d'exclusion de son champ d'application, ce qui serait précisé¹⁵³⁷. Simplement, le droit spécial primant sur le droit général, en cas de conflit de normes, c'est le régime de l'hospitalisation sous contrainte qui l'emportera. Ainsi, le processus de normalisation atteint un sommet puisque cette fois, non seulement la création de la norme est extériorisée par rapport à l'institution psychiatrique, mais en outre, il s'agit d'une loi non spécialisée pour l'univers psychiatrique et qui pourtant, y entraîne nombre de conséquences sur le droit des malades, y compris de ceux hospitalisés sous contrainte. Ceci dit, si cet aboutissement est à noter, il est clair qu'il n'a pu se faire et ne pourra se reproduire que dans la mesure où un droit spécial, en l'occurrence la loi de 1990, est déjà en place. La psychiatrie touche des maladies imposant un minimum de réponses soignantes bien spécifiques. Mais le fait est que même l'édiction de ces règles spéciales n'est plus l'affaire de la seule institution psychiatrique et que l'institution n'est plus refermée sur son seul droit dérogatoire.

Le droit applicable à l'égard des patients hospitalisés sous contrainte en psychiatrie repose également sur un abondant droit réglementaire généraliste : le Code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, celui de déontologie de la profession d'infirmier issu du décret n° 93-221 du 16 février 1993¹⁵³⁸ mais aussi, le décret du 14 janvier 1974 imposant notamment le remise d'un livret d'accueil à chaque patient admis à l'hôpital¹⁵³⁹, aujourd'hui fortement remanié par le décret du 27 mai 2003¹⁵⁴⁰ et la Charte du patient hospitalisé du 6 mai 1995¹⁵⁴¹ rappelant à la personne hospitalisée ses droits et ses devoirs en tant que patient.

¹⁵³⁴ L'inscription du secteur psychiatrique dans le Code la santé publique, par la loi du 25 juillet 1985, est d'ailleurs une disposition immergée au sein d'une loi-fleuve « portant diverses mesures d'ordre social », votée de nuit dans un hémicycle déserté.

¹⁵³⁵ Article L. 3211-3 CSP

¹⁵³⁶ Cf. à ce sujet J.-L. SENON et C. JONAS, « Protection de la personne. Droit des patients en psychiatrie », *Médecine et Droit* 2005, n° 71, pp. 33-49

¹⁵³⁷ D'ailleurs, la loi du 4 mars 2002 consacre son article 19 à trois questions spécifiquement psychiatriques : en particulier, il modifie les conditions nécessitées par une hospitalisation d'office, crée la nouvelle « autorisation de sortie accompagnée » et modifie la composition de la CDHP.

¹⁵³⁸ Décret n° 93-221 du 16 février 1993 « relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières ». Ce décret est complété par un second, le décret n° 93-345 du 15 mars 1993 « relatif aux actes professionnels et à l'exercice de la profession d'infirmier ».

¹⁵³⁹ Article 39 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 « relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et hôpitaux locaux »

¹⁵⁴⁰ Décret n° 2003-462 du 27 mai 2003 « relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique »

¹⁵⁴¹ Charte annexée à la circulaire ministérielle n°95-22 du 6 mai 1995

Au-delà de ces normes contraignantes, un certain nombre de textes déclaratoires viennent orienter les politiques de santé publique en psychiatrie, et éventuellement les règlements intérieurs : on peut songer, outre les diverses déclarations et recommandations internationales adoptées régulièrement par l'ONU ou le Conseil de l'Europe¹⁵⁴², à la *Charte de l'utilisateur en Santé Mentale* de décembre 2000, texte national visant à promouvoir une intégration toujours plus intensive de la personne atteinte de troubles mentaux en tant que sujet de droit et citoyenne à part entière, ou encore, dans la même veine, au *Manifeste pour l'établissement d'un dialogue soignant-usager-famille*, présenté au VIIe congrès de l'association mondiale de réhabilitation psychosociale (WAPR) des 8 et 9 mai 2000. Ces textes gagnent à être mentionnés ici dans la mesure où, influençant à long terme les futures règles contraignantes, ils émanent d'instances généralistes et/ou citoyennes et non d'organes hyperspécialisés et ne donnant voix qu'aux professionnels confisquant la rédaction du droit en psychiatrie au nom de leur science sur le sujet. Il ne s'agit pas, derrière cette remarque, de militer pour un droit perdant toute assiette scientifique, et par là toute sa qualité, au nom d'un égalitarisme démocratique mal compris, mais bien plutôt d'encourager à ce que la création de cette norme ne soit pas retenue par les seules instances de spécialistes, que ces dernières s'ouvrent à d'autres avis et permettent un débat sociétal voire mondial sur la place de la personne atteinte de trouble psychique dans la cité, le problème ne pouvant et ne devant pas se résoudre par la seule médecine psychiatrique.

Sur un autre plan, les recommandations de l'ANAES¹⁵⁴³ en matière de soins (notamment concernant la mise en chambre d'isolement, mais aussi sur l'emploi de l'électroconvulsivothérapie¹⁵⁴⁴) permettent de poser des repères et d'inciter à l'adoption de protocoles par les psychiatres chefs de service au sein de leur unité, dans le but de rendre ces pratiques plus transparentes. Là encore, si l'instance était spécialisée dans les questions concernant la santé, elle était par contre une instance indépendante.

§ 2. Les restes d'internalisation de la norme : l'impact exacerbé du règlement intérieur

Ceci dit, la désappropriation de la norme interne au détriment de l'institution psychiatrique est loin d'être complète. La loi de 1990 exige des établissements de santé accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux de se doter d'un règlement intérieur, dont un modèle devait être édicté par décret en Conseil d'Etat¹⁵⁴⁵. On rejoint en conséquence le système précédemment en vigueur au sein de ces établissements, où la vie quotidienne était encadrée davantage par ce texte réglementaire unilatéral que par la loi. Certes, la loi de 1990 étant complétée par un volet sur les droits fondamentaux par rapport à la loi de 1838, la liberté de rédaction du règlement est légèrement moindre pour le Conseil d'administration de l'établissement. Ceci dit, le texte législatif s'est employé à occulter un certain nombre de libertés des droits listés comme inaliénables, et n'a pas posé de liste de droits à protection moindre eu égard à la « nécessité thérapeutique », mobile par ailleurs de toutes les atteintes à ces mêmes droits et libertés individuelles. En conséquence, il laisse une large marge d'appréciation aux rédacteurs des règlements. Il faut également compter, il est vrai, avec le règlement-type, toujours attendu à l'heure actuelle, près de vingt ans après la promulgation de la loi. Dès lors, plusieurs attitudes peuvent être adoptées, aux conséquences dans la pratique beaucoup moins

¹⁵⁴² On songe notamment, et de manière non exhaustive, à la *Déclaration des droits du déficient mental* adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies dans sa résolution 2856 (XXXVI) le 20 décembre 1971, aux *Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale* adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 46/119 le 17 décembre 1991 et aux Recommandations n° R(83)2 « sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires » adoptée le 22 février 1983 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 1235 (1994) « relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme » adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 12 avril 1994, n° Rec(2004)10 « relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux » adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004

¹⁵⁴³ Depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 « relative à l'assurance maladie », l'Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation pour la Santé (ANAES) a été refondue dans la nouvelle autorité administrative indépendante qu'est la Haute Autorité de Santé (HAS).

¹⁵⁴⁴ Troisième terme, couramment résumé par son acronyme « ECT », employé pour désigner les électrochocs.

¹⁵⁴⁵ Article L. 3222-3 CSP

dissemblables qu'il ne pourrait apparaître de prime abord : soit l'établissement attend l'édiction du règlement-modèle pour rédiger le sien, afin de suivre à la lettre les directives de la loi de 1990, soit il en adopte un nouveau calqué sur le précédent modèle, remontant à 1938. Certains auteurs semblent en effet s'accorder sur l'idée que l'adoption de la loi de 1990 et le fait qu'elle projette un nouveau modèle de règlement intérieur entraînait *de facto*, et dès cette adoption, abrogation des règlements intérieurs en vigueur jusqu'alors, qui étaient calqués sur le modèle de 1938 et qui correspondaient à l'ancienne législation¹⁵⁴⁶. Dès lors, selon ces auteurs, on se retrouve aujourd'hui face à un vide juridique à l'endroit de cette norme, pourtant adaptation importante et attendue de la règle législative très générale et sur bien des points imprécise, à la situation concrète du fonctionnement de chaque établissement, avec éventuellement des particularités de fonctionnement. Le raisonnement peut s'entendre, et semble dominer au sein des établissements psychiatriques apparemment dépourvus, effectivement de règlements intérieurs à l'heure actuelle. Ils se contentent généralement, pour fixer une norme, au niveau de l'établissement, dans les rapports avec les usagers, des indications mentionnées dans le livret d'accueil et de la Charte du patient hospitalisé.

Mais, la justesse de l'analyse n'est cependant pas garantie, si l'on en croit un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux qui juge « [...] *qu'il n'est pas allégué qu[e] le règlement intérieur du centre hospitalier de Lannemazan] aurait été alors abrogé [...]* » en date du 27 avril 1995, date à laquelle le requérant a enregistré sa demande au greffe du tribunal administratif de Pau. Le juge semble bien s'opposer ici à la théorie estimant que la loi de 1990 a entraîné par ricochet abrogation de tous les règlements intérieurs des hôpitaux psychiatriques¹⁵⁴⁷. Monsieur de FORGES s'interroge de la même manière à propos d'une décision « *M. SEIDEL contre CH de Perray-Vaucluse* »¹⁵⁴⁸ rendue par le Tribunal administratif de Versailles en mars 1998 et qui, condamne l'hôpital pour avoir interdit à un oncle de rendre visite à son neveu, alors même que ledit hôpital « [...] ne disposait [-selon les juges-] d'aucun règlement intérieur propre à l'établissement reprenant le règlement-modèle de 1938 qui prévoit des possibilités de restrictions aux visites [...] ». Jean-Michel de FORGES pose alors la question : « *[p]ourquoi le règlement modèle de 1938, établi par arrêté ministériel réglementaire, ne s'appliquerait-il pas ?* »¹⁵⁴⁹.

Dans tous les cas, il semble que les établissements psychiatriques passent par l'artifice du règlement intérieur d'unité fonctionnelle ou de service afin de pallier la carence de règlement intérieur au niveau de l'établissement. Chaque chef de service conserve toujours, en effet, le pouvoir d'organiser son service à son gré dès lors qu'il respecte les normes applicables en vigueur^{1550 1551}. Et en l'occurrence, il a ainsi une norme en moins risquant de le contraindre dans

¹⁵⁴⁶ Cf. notamment J-L. SENON et C. JONAS, « Protection de la personne. » *op. cit.*, 2005, n° 71, p. 43 ou A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme. op. cit.*, 2002, vol. II, p. 112

¹⁵⁴⁷ Arrêt CAA Bordeaux, 30/12/2004, « *M. MENVIELLE c/ CHS de Lannemazan* », req. n°00BX01060

¹⁵⁴⁸ TA de Versailles, 12/3/1998, « *M. SEIDEL c/ CH de Perray-Vaucluse* », req. n° 961195

¹⁵⁴⁹ J.-M. de FORGES, « Visites. Droit à une vie familiale normale . Etablissement psychiatrique. Règlement intérieur », *Revue de droit sanitaire et social*, 1998, n°34 (4), Actualité juridique, p. 831

¹⁵⁵⁰ Arrêt 7/2/1936, « *JAMART* », *op. cit.*, 1937, IIIe partie, pp. 113 et s., note J. RIVERO. Mais il faut prendre garde ici, au dédoublement compliqué entre l'autorité administrative et l'autorité fonctionnelle au sein de l'hôpital. Le cadre de ce respect des normes est ainsi contrôlé de manière rapprochée par l'autorité administrative, mais généralement, cela n'enlève pas le pouvoir effectif remis aux chefs de service pour l'organisation de ce dernier. On est dans une procédure de contrôle et de validation par l'autorité administrative, mais la force créatrice de la règle reste bien au niveau du psychiatre chef de service dans la majorité des cas, l'important pour l'autorité administrative étant d'abord de se protéger de toute mise en cause, étant l'autorité responsable en cas de problème. Elle s'arrête donc au respect purement juridique des textes établis.

Concernant ce pouvoir d'organisation du service, il faut relever notamment qu'un pouvoir intrinsèque à la qualité de chef de service lui permet de poser des obligations aux usagers du service (CE Ass. 29/1/1954, « *Institution Notre Dame du Kreisker* », *Recueil Lebon*, 1954, p. 504). D'ailleurs, dans une analyse doctrinale, Jean RIVERO précisait déjà dans sa note sous l'arrêt « *JAMART* » « *[s]ont seuls soumis au pouvoir du chef de service les individus qui ont, avec le service, des relations quelconques ; mais tous ceux qui sont en relation avec le service s'y trouvent soumis. »* et « *les simples particuliers [...] sont soumis à l'autorité du chef de service pour tout ce qui concerne leurs relations avec le service, [...] [notamment lorsque ces relations] consistent, et c'est le cas général, dans leur qualité d'usagers.* » (*op. cit.*, p. 116)

¹⁵⁵¹ Il est vrai qu'il faut également tenir compte de la contractualisation de la politique de l'hôpital, qui amène chaque établissement à passer des « contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens » avec l'ARS, redécliné en interne

le cadre de l'exercice de ce droit d'organisation. Avec ou sans règlement intérieur d'établissement, c'est bien ce règlement intérieur propre à l'unité qui va être appliqué en premier lieu aux patients, norme la plus précise et donc la plus contraignante pour ces derniers, dans la mesure où elle peut être adaptée de manière plus fine aux modes de traitement et à la doctrine que le chef de service souhaite imprimer, le cas échéant, à cette entité administrativement sous son pouvoir. Ainsi, notamment dans les cas de services modifiés pour séparer en deux unités distinctes les patients hospitalisés avec ou sans consentement, des règles plus sécuritaires pourront être posées directement dans le règlement intérieur de l'unité fermée. Et surtout, dans les cas où les deux types d'hospitalisation ne sont pas encore dissociés, ou encore au sein de l'unité d'hospitalisation fermée, des règles de différenciation entre les patients suivant leur régime d'hospitalisation et les autorisations accordées individuellement par leur médecin, peuvent être posées ¹⁵⁵². Ces règles sauraient plus difficilement être adoptées à l'échelon du règlement intérieur propre à l'établissement tant elles peuvent faire l'objet de controverses entre médecins. Le règlement intérieur d'unité ou de service permet à leurs adeptes de les adopter pendant que leurs contradicteurs peuvent s'en délier, dans une forme de liberté thérapeutique reconnue en conséquence plus particulièrement aux médecins-chefs de service.

On ne peut donc parler réellement d'une règle endogène et on semble être arrivé, en psychiatrie, à un véritable service public. Certes, certaines de ses règles permettant l'atteinte à des droits fondamentaux de manière plus appuyée que ce qui est classique, lui donnent une certaine singularité, mais qui s'accommode – ou accommode – simplement les règles classiques du service public pour parvenir à ses fins. Par contre, il apparaît en retour que le droit du service public offre éventuellement la possibilité de maintenir des règles dérogeant à certaines normes protectrices des droits fondamentaux ; on est face à un droit organisationnel, non à un droit dont l'objectif serait de protéger réellement l'usager. L'affirmation n'est cependant pas tout à fait juste dans la mesure où c'est parce que la psychiatrie a évolué vers une refondation de la place active donnée au patient, qu'elle s'est progressivement coulée dans le moule du service public et que la transformation de paradigme peut être réellement dénommée « passage au service public ».

La création de la norme s'est moins banalisée en prison, quoique les coups de boutoir de l'harmonisation sur le système juridique de hiérarchisation des normes de droit commun et la fin de l'exception de fonctionnement institutionnel tendent à se faire entendre également dans cette ancienne antre totalitaire.

B · EN PRISON

Avant même de présenter un caractère autarcique, le droit pénitentiaire reste un droit interne, l'élaboration de cet encadrement juridique général demeure une prérogative étatique. Néanmoins, cette création nationale de la norme est aujourd'hui troublée par un intervenant extérieur dans le droit français : le droit international mais surtout européen, dont les rédacteurs nationaux ne peuvent faire abstraction (2).

Cette influence tend à élargir l'inspiration des rédacteurs pour la rédaction des règles. Elle aide ainsi à la désinternalisation, mais ce n'est pas cette ouverture qui remet fondamentalement en cause l'éventuelle capacité autarcique rédactionnelle de l'institution pénitentiaire au sein du droit interne. L'évolution qui commence à prendre forme pour un alignement de ce processus de

désormais au niveau de chaque pôle d'activité -autrefois, tout dépendait de l'organisation fonctionnelle adoptée à l'intérieur de l'établissement ; le CHU de Nantes, par exemple, était déjà organisé en pôles-. L'établissement passe donc avec ses chefs de pôle la même forme de contrat d'objectifs, avec une évaluation plusieurs fois par an et une véritable pression, d'abord budgétaire, pour que ces objectifs soient effectivement remplis.

¹⁵⁵² On pense ici tout particulièrement au maintien en pyjama des personnes hospitalisées sous contrainte et interdites de sorties, afin d'immédiatement les différencier des personnes bénéficiant d'une autorisation de sortie, même temporaire. Ce procédé peut être désapprouvé comme contraire à la dignité humaine et à la dimension thérapeutique de l'enfermement.

création normatif sur le système de droit commun interne, avec l'implication d'auteurs extérieurs à l'administration et une possibilité de contrôle démocratique du droit de l'institution, a fondamentalement deux autres sous-bassements théoriques : cette évolution est d'abord une prise de conscience au niveau interne et un redressement en conséquence de l'aberration, à la fois démocratique et en regard aux valeurs de l'Etat de Droit libéral, que constituait ce maintien d'une dérogation institutionnelle aux relents fortement totalitaires (1).

§ 1. La norme à portée générale en prison

L'empreinte du caractère d'institution totale irradiant le droit pénitentiaire tend en effet également à se déliter, quoique de manière moins affirmée, plus récente, plus lente qu'en psychiatrie. De notables évolutions signalant une révolution encore en cours se font jour dans la réémergence plus solide du degré législatif dans le *corpus* juridique régentant la prison et dans lequel le décret avait parfois eu tendance à s'arroger, par défaut de la loi elle-même, le rôle législatif (a). Cette rationalisation juridique atteint de la même façon, quoique de manière moins visible, l'important « reste » du droit organisant le fonctionnement de l'institution, ce droit complètement internalisé et fait de divers actes administratifs ou indicatifs (b).

◇ a) *Un rapport décret/loi en cours de rééquilibrage*

Dans une institution qui bouge et veut s'affirmer comme détotalitarisée, le maintien d'une norme *quasi* intégralement internalisée ne peut plus s'accepter. Dans une institution à laquelle l'opinion publique commence à se sensibiliser et le pouvoir politique à s'intéresser, la carence législative devient rapidement criante concernant notamment les domaines touchant aux droits et obligations des personnes détenues. A la fois médiatique et réellement nécessaire pour mettre l'institution pénitentiaire en accord avec les préceptes des démocraties libérales et européens, une loi pénitentiaire a donc vu le jour (1). Mais si le rééquilibrage entre décrets et lois dans la définition du droit pénitentiaire tend à s'opérer, les apparences cachent le maintien d'une certaine internalisation de la norme et de résistances quant à la perte de cette gestion autonome de la règle par l'institution elle-même (2).

■ 1. La prise de conscience de la carence législative et la solution partielle apportée par la loi du 24 novembre 2009

Il faut d'abord relever la dominante réglementaire des textes régissant la matière pénitentiaire, et pour cause¹⁵⁵³ : le système de répartition des domaines de compétence entre pouvoirs législatif et réglementaire s'appuie sur la liste exhaustive fixée par l'article C. 34 des compétences relevant de la loi. Par élimination, tous les domaines qui n'y figurent pas relèvent du règlement¹⁵⁵⁴. Or, si « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* »¹⁵⁵⁵ et la procédure pénale figurent bien à l'article C. 34, les modalités d'exécution de ces peines sont implicitement renvoyés – brillant par leur absence de la liste – au champ réglementaire.

Pourtant, on peut s'interroger¹⁵⁵⁶ : un certain nombre de ces règles mettent directement en cause des droits ou libertés fondamentales – au-delà même de la seule liberté d'aller et venir. Or toute atteinte à des prérogatives de cette sorte reconnues à tout citoyen relève du champ de l'article C. 34, au titre « *[d]es droits civiques et [d]es garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; [...] ; [d]es sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;* »¹⁵⁵⁷. On peut préciser cette liste en

¹⁵⁵³ Cet état de fait constaté unanimement par tous les auteurs se penchant sur le sujet est encore rappelé par Rachida DATI, alors Garde des Sceaux, lors de sa présentation du projet de loi pénitentiaire devant le Sénat le 23 juillet 2008. Cf. l'exposé des motifs du projet de loi pénitentiaire, [en ligne], site du Sénat, <http://www.senat.fr/leg/pjl07-495.html>, (consulté le 12/11/2009)

¹⁵⁵⁴ Alinéa 1er de l'article C. 37 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. »

¹⁵⁵⁵ Article C.34

¹⁵⁵⁶ Eric PECHILLON expose d'ailleurs la même critique au détour d'un paragraphe : E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 117

¹⁵⁵⁷ C'est d'ailleurs ce que reconnaît Rachida DATI lors de la présentation du 23 juillet 2008, et qu'elle pose comme l'un des fondements du projet de loi pénitentiaire qu'elle propose .

détaillant celle des libertés publiques et des droits civiques, deux catégories de droits particulièrement touchés par la peine et la détention. Les libertés publiques, notion floue, tendent à englober toute une série de droits essentiels à l'Homme mettant en jeu une capacité d'auto-détermination et qui, reconnues par l'Etat, doivent également être protégées par lui.¹⁵⁵⁸ Les droits civiques, se résument au droit de vote et d'éligibilité, à l'aptitude à exercer une fonction juridictionnelle, une fonction publique, ou à témoigner en justice¹⁵⁵⁹. Sans compter que, d'après d'autres sources principalement constitutionnelles, seule la loi est compétente pour fixer les bornes d'un certain nombre d'autres droits et libertés de valeur constitutionnelle, des droits et libertés directement atteints par la vie en détention : la liberté et plus précisément celle d'aller et de venir¹⁵⁶⁰, la sûreté¹⁵⁶¹ et la liberté individuelle¹⁵⁶², les libertés d'opinion¹⁵⁶³ et de communication¹⁵⁶⁴, la propriété¹⁵⁶⁵ mais aussi le droit syndical ou le droit de grève. Ainsi qu'en conclut, de son côté la Commission CANIVET, « [...] [l']Etat de droit, que la hiérarchie des normes assure sur le fondement de la Constitution, conserve le même contenu et la même force dans le milieu carcéral que dans la société libre, sans pouvoir être amoindri ou dissocié. Les droits et garanties du détenu, autres que sa liberté d'aller et venir, ne peuvent donc recevoir de limitations que de la loi. »¹⁵⁶⁶.

Le système a pourtant fonctionné depuis 1959 en s'appuyant sur l'article 728 CPP, qui pose la nature réglementaire des normes organisant la vie en prison : il précise expressément qu'« [u]n décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires. »¹⁵⁶⁷. Véritable « habilitation législative », ainsi que l'analyse Samantha ENDERLIN¹⁵⁶⁸, il permet ainsi de donner une compétence globale au pouvoir réglementaire, aussi bien dans les matières touchées par le droit de l'exécution des peines qui lui reviennent que celles qui relèvent de la loi. Or une telle habilitation dans des matières qui, d'évidence, relèvent au moins partiellement du domaine de la loi laissent penser à la jurisprudence sur les incompétences négatives de la part du législateur qui considère comme contraire à la Constitution un renoncement par le législateur à prendre une loi dans une matière relevant de son domaine et déléguant ce pouvoir au gouvernement¹⁵⁶⁹. Louis FAVOREU, lui-même, par-delà l'article 728 CPP, arrivait à un tel scepticisme quant à la légitimité de la domination des sources par le règlement : « [...] Il n'est pas certain qu'aujourd'hui le Conseil Constitutionnel

¹⁵⁵⁸ On y range généralement, les droits et « libertés « de la personne physique » (liberté de circulation, droits et libertés de la personne physique dont droit à la sûreté, droit à la vie privée, droit à la protection de son intégrité physique, droit à la libre disposition de son corps etc), les « libertés de la personne intellectuelle et morale » (les libertés d'opinion, d'expression, religieuse, le droit à l'instruction, la liberté de la presse, les libertés de réunion et d'association), les « libertés sociales et économiques » (droit de propriété, liberté syndicale etc.). (Cette liste a été établie à partir de plusieurs ouvrages donnant une définition des libertés publiques, notamment le *Dictionnaire de droit constitutionnel* de Michel de VILLIERS (Paris, Dalloz/Armand Colin, coll. « Cours », 2e ed., (1998), 1999, pp. 131-132), renvoyant à Jean RIVERO sur ce sujet (à qui nous reprenons la classification tripartite proposée) et l'ouvrage de Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques* (Paris, Dalloz, coll. « cours », 5e ed., 2005, 636 p.)

¹⁵⁵⁹ Liste établie par Samantha ENDERLIN, *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté. D'un droit de la prison aux droits des condamnés*, thèse de doctorat de droit privé et sciences criminelles, Université de Paris Ouest Nanterre-La Défense (Paris X), 2008 p. 120

¹⁵⁶⁰ Art. 4 DDHC

¹⁵⁶¹ Art. 7 DDHC

¹⁵⁶² Art. C. 66

¹⁵⁶³ Art. 10 DDHC

¹⁵⁶⁴ Art. 11 DDHC

¹⁵⁶⁵ Art. 17 DDHC

¹⁵⁶⁶ CANIVET (G.) (Commission présidée par), Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, *op. cit.*, 2000, p. 51

¹⁵⁶⁷ C'est d'ailleurs sur ce seul fondement que s'appuie le Conseil d'Etat pour reconnaître l'appartenance de la matière au domaine du règlement : CE, 4/5/1979, « Comité d'action des prisonniers et autres et syndicat de la magistrature », req. n°00.096-00.218, *Rec. Lebon* 1979, p. 182, *Recueil Dalloz*, 1980, pp. 433, note DRAPIER ou CE, 21/10/1988, « Syndicat des avocats de France », req. n° 70-066, *Rec. Lebon* 1988, p. 373 et *AJDA*, 1988, pp. 766 et s.

¹⁵⁶⁸ S. ENDERLIN, *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté*, *op. cit.*, 2008, p. 107

¹⁵⁶⁹ Cf. notamment décision du Conseil Constitutionnel n°83-162 DC des 19-20 juillet 1983, « Loi relative à la démocratisation du secteur public », *Recueil des décisions du CC*, 1983, p. 54, cons. 27

n'exigerait pas du législateur qu'il détaille beaucoup plus les règles qui relèvent de sa compétence afin que les dispositions réglementaires ne soient vraiment que des modalités de mise en oeuvre. Dans [s]es dernières décisions, le Conseil Constitutionnel s'est montré de plus en plus soucieux de sanctionner les « incompétences négatives » du législateur. »¹⁵⁷⁰.

Face au consensus de la doctrine et de commissions s'étant penchées sur le sujet, le Gouvernement a pris acte de cette situation viciée. La loi du 24 novembre 2009 tente de résorber le problème en inscrivant dans le marbre législatif les droits reconnus aux détenus et surtout les limites et atteintes qui peuvent y être portées. Incontestablement – et sur ce point, elle est unanimement saluée par la doctrine –, elle rétablit ainsi l'équilibre hiérarchique dans la valeur des normes par rapport aux droits dont elles disposaient. Elle omet cependant quelques droits fondamentaux tels que les libertés de réunion et d'association ou le droit syndical – le cas échéant – pour les détenus, elle laisse une large – trop large ? – marge de manoeuvre au pouvoir réglementaire sur d'autres points.

■ 2. La modération du « droit par décret » : une externalisation retenue

Jusqu'à la loi du 24 novembre 2009, l'état du droit pénitentiaire était principalement régenté par des décrets dans des domaines touchant notamment aux droits et libertés des détenus¹⁵⁷¹.

En outre, comme le souligne Bernard BOULOC, cette nature seulement réglementaire, donc d'essence exécutive et non votée au Parlement, se matérialisait par des décrets simples, et non, au moins par des décrets en Conseil d'Etat, pour régir l'ensemble du droit fixant l'organisation des établissements pénitentiaires¹⁵⁷². Les lois concernant précisément le monde pénitentiaire se cantonnaient aux grands principes concernant les peines privatives de liberté et leur exécution, à l'exécution des peines en général, au régime de la détention provisoire et à des situations particulières comme la libération conditionnelle. Certes, des lois à portée générale s'appliquent également dans la sphère pénitentiaire, mais elles sont généralement sensiblement adaptées, « redigérées » pour convenir aux particularités de la prison. La loi du 12 avril 2000 concernant les droits des citoyens dans leurs relations avec l'Administration est exemplaire à cet égard, l'application de son article 24, qui permet au détenu appelé devant la commission de discipline de « [...] se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix », étant suspendue à un décret propre à cette question et bien spécifique au monde carcéral¹⁵⁷³.

Si la situation s'est améliorée avec l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui a pris à coeur de donner un statut législatif, et surtout des droits

¹⁵⁷⁰ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire », dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, coll. « Le point sur », 1987, p. 51

¹⁵⁷¹ Ainsi on peut citer, à titre principal, le décret n°72-852 du 12 septembre 1972, le n° 75-402 du 23 mai 1975, le n° 83-48 du 26 janvier 1983, le n°85-836 du 6 août 1985 et encore le n°86-462 du 14 mars 1986

¹⁵⁷² B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 60. Certes, quelques régimes, mesures ou procédures, comme notamment les régimes de placement sous surveillance électronique, du sursis avec mise à l'épreuve ou du suivi socio-judiciaire, sont, dès avant les dernières réformes de 2010, réglementés par des décrets en Conseil d'Etat; mais, en ce qui concerne les conditions de détention, leur nombre est singulièrement réduit et ces mesures paraissent assez hétéroclites, quelques « bribes » de procédures ou de régimes étant ainsi inscrites dans cette partie au gré de quelques réformes partielles.

¹⁵⁷³ Cf. décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 « pris pour l'application de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 à l'administration pénitentiaire et relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues » (ce décret a été modifié par un décret n° 2006-337 du 21 mars 2006 «modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux décisions prises par l'administration pénitentiaire » qui en a abrogé les dispositions concernant les mandataires pour les remplacer par son propre texte, en grande partie identique aux dispositions antérieures). Le fait, par exemple, que ces décrets imposent une accréditation du mandataire, obligation non présente dans la loi. Le décret du 25 juillet 2002 n'a été pris que suite à un avis rendu par la Section de l'intérieur, le 3 octobre 2000 et portant sur la question de l'applicabilité de cette loi de 2000. Or l'avis, favorable, avait cependant été clair : « les exigences propres au fonctionnement des établissements relevant de l'administration pénitentiaire [...] justifient que soit écartée l'application de celles des garanties dont la mise en oeuvre serait de nature à compromettre l'ordre public à l'intérieur de ces établissements. » (cité par M. GUYOMAR dans ses conclusions sur les arrêts CE Ass., 14/12/2007 « M. PLANCHENAU » et « Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/M. BOUSSOUAR », op. cit., 2008, p. 91)

officiellement proclamés, aux personnes détenues, la rédaction de certains articles de loi et leur contenu laissent ouverte une latitude importante aux décrets. C'est ainsi que l'article concernant le règlement intérieur type des établissements¹⁵⁷⁴ n'évoque aucun contenu significatif ni même de lignes directrices du contenu de ces actes administratifs fondamentaux pour la vie de l'établissement et notamment n'évoque pas ce qui pourrait constituer la différence de régime entre les différentes catégories d'établissements. De manière moins classique, rien non plus ne figure en tant que tel sur les régimes différenciés, mais il est vrai que ce système de régimes n'est pas affiché comme une politique officielle par la loi¹⁵⁷⁵. La liste des fautes et des sanctions qui peuvent leur répondre reste de la compétence décrétable¹⁵⁷⁶. Le placement au quartier disciplinaire, et les restrictions des droits afférentes, ne font pas non plus l'objet d'un article législatif – exceptée la limitation de la durée de placement en cellule disciplinaire ou du confinement en cellule, ce qui reste une part fortement congrue de tout ce droit –, au contraire de la mise à l'isolement. Sans compter les cas, dont on a déjà évoqué quelques exemples, où le vide législatif demeure (liberté de réunion et d'association etc.). Pourtant, le Conseil constitutionnel, saisi de l'ensemble de la loi, l'a validée dans son intégralité sans en contester ces divers points, sans relever la moindre anomalie importante dans la répartition des compétences ni une éventuelle incompétence négative du législateur¹⁵⁷⁷.

Sans boudier les avancées certaines de cette loi par laquelle le législateur commence à assumer ses responsabilités de normateur de premier degré et à redonner sa juste place à l'administration exécutive, cet état actuel du droit pénitentiaire souligne l'importance que garde malgré tout cette dernière dans la définition du droit qui lui est applicable. Le caractère internalisé de la norme imprime encore fortement la réglementation de cette matière. Cet aspect se vérifie d'autant plus que la plupart du droit contenu dans cette loi n'est qu'une égalisation à droit constant de l'ancien droit réglementaire régissant la matière. La hiérarchisation de la norme est donc enfin respectée, mais à la base, tout ce droit a été rédigé par l'administration pénitentiaire et forgé à son image donc selon ses besoins. Le législateur vient fort peu remettre en cause ce droit rodé.

Il faut mentionner également le processus législatif utilisé pour le vote de cette loi, qui n'est sans doute pas anodin dans le sens d'une plus grande prise de possession par l'administration pénitentiaire sur le texte. La procédure d'urgence ayant été déclarée, chaque assemblée n'a eu le droit qu'à une lecture du texte avant la réunion d'une commission mixte paritaire puis le passage par les assemblées de ce nouveau texte. Les débats en ont été nécessairement moins riches, l'impact du gouvernement auteur du projet initial – donc, derrière lui, de l'administration intéressée – plus affirmé. Il ne s'agit pas de déposséder le Parlement de son travail et du résultat mais de noter que, même en passant par la voie la plus démocratique qui soit pour créer du droit, la loi, l'institution carcérale est parvenue à trouver une voie, légale, pour garder une forte implication dans le résultat final, plus forte que dans le processus général. On peut d'ailleurs s'interroger : l'urgence était-elle réellement nécessaire sur ce texte ? Il ne s'agit pas de faire de mauvais procès à l'institution mais de relever ce type d'actions hors du parcours commun, de la mettre en parallèle avec le contexte et leur récurrence et d'en tirer un constat : l'administration pénitentiaire a de lourdes difficultés à « rentrer dans le rang », à adopter procédure ou droit commun, sans dérogation ou aménagement.

¹⁵⁷⁴ Article 86 de la loi pénitentiaire et 728 du Code de procédure pénale qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat pour fixer ce règlement intérieur type.

¹⁵⁷⁵ On trouve simplement un exposé du système, sans qu'il soit clairement nommé, à l'article 89 de la loi pénitentiaire, modifiant l'article 717-1 CPP

¹⁵⁷⁶ Cf. article 91 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et l'article 726 CPP. Fautes et sanctions encourues sont, depuis l'entrée en vigueur du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010, désormais listées aux articles R. 57-7 à R. 57-7-4 CPP pour les premières, R. 57-7-33 à R. 57-7-37 CPP pour les secondes.

¹⁵⁷⁷ Le Conseil Constitutionnel n'a en effet, hormis un détail d'incompétence dans le cadre de l'application de l'article 46 aux îles Wallis et Futuna, qu'émis une réserve d'interprétation rappelant que les sanctions définies par décret ne devront pas porter atteinte aux droits et libertés des personnes détenues « [...] *dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* [...] » (cons. 6). Une réserve insipide, étant donné cette formulation rappelant des évidences. (cf. Conseil Constitutionnel, décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009 « Loi pénitentiaire », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel)

En conséquence, certes, l'intervention du législateur assure au droit pénitentiaire une sensible externalisation. La nuance doit être relevée entre une administration rédigeant son droit sans contrôle, pour elle-même, en son sein, et une légère externalisation amenant à voter ce droit, même sans guère de changement, par le législateur : un contrôle populaire s'opère néanmoins lors de la discussion de la loi.

Sans compter que derrière les décrets, le droit applicable est rappelé, mais même très souvent remodelé, par le biais de circulaires, qui vont ainsi au-delà de leur nature normalement interprétative pour compléter le droit existant.

◇ **b) *Le droit pénitentiaire, un droit encore fortement internalisé mais en cours de rationalisation juridique***

Lois et décrets sont loin de fixer l'ensemble du droit régissant l'institution pénitentiaire. Une grande part du droit le plus quotidien est régenté par des mesures administratives foisonnantes, complètement internalisées par l'institution. L'utilisation faite de ces actes, théoriquement purement d'application et d'interprétation des normes supérieures, est en réalité sensiblement dévoyée par l'administration pénitentiaire, cette manœuvre lui permettant d'une part de gérer à sa guise la population pénale et le fonctionnement des établissements, d'autre part de pallier les carences du législateur et du pouvoir politique, efficacité et pragmatisme faisant loi (1). C'est pourtant à une tentative de rationalisation de ces normes, en vue de redonner à chacune sa fonction administrative d'origine, et donc à une rehiérarchisation des contenus dans des formes d'actes plus conformes à leur sens et à leur impact juridique que semblent s'être attelés le pouvoir politique et l'Administration pénitentiaire ces dernières années. Une tentative en demi-teinte néanmoins, ce travail paraissant d'une part ne pas opérer avec radicalité, certaines normes n'étant pas atteintes par lui, d'autre part s'effectuer en parallèle du maintien des anciens réflexes juridiques au sein de l'administration créatrice de droit (2).

■ 1. Le droit réglementaire infra-décrétal : l'organisation de la prison, une internalisation pure du processus outrepassant l'acceptable juridique

Circulaires (a), règlement intérieur (b), notes de service (c) et même une norme *infra jurem*, faite d'usages locaux et propres à l'univers pénitentiaire (d) composent ce *corpus* hétéroclite mais posant un carcan finement ciselé de fonctionnement, un carcan à l'idée de l'administration qui gouverne l'institution.

a - Les circulaires, une pratique de la norme en décalage avec le droit administratif

Le juge administratif a su en prendre son parti : avec réalisme, depuis 1954¹⁵⁷⁸, il sort de l'ombre ces textes qui devaient lui rester inconnus, dès lors que certaines de leurs dispositions s'avèrent, « réglementaires » ou plus précisément « *décisoires* »¹⁵⁷⁹, modifiant l'ordonnement juridique établi et/ou touchant à des droits des administrés comme du personnel. Avec l'arrêt « *Madame DUVIGNERES* » de 2002¹⁵⁸⁰, le champ de compétence du juge administratif est élargi, son critère de distinction entre circulaires interprétatives et réglementaires étant remplacé par la notion de caractère impératif des dispositions en cause. En conséquence, toute circulaire ayant un caractère impératif¹⁵⁸¹ peut être contestée, en tant que telle sur le plan de la légalité des règles qu'elle pose, par tout administré¹⁵⁸², que la nature de la circulaire recouvre l'ancienne

¹⁵⁷⁸ Arrêt CE, Ass., 29/1/1954, « *Institution Notre-Dame du Kreisker* », préc.

¹⁵⁷⁹ Le raisonnement sous-tendant cette jurisprudence étant, selon Bertrand SEILLER, que seule une décision, qui aura donc nécessairement un caractère impératif, peut modifier l'ordonnement juridique. Toute décision réglementaire était donc impérative, par contre toutes les décisions impératives n'étaient pas englobées dans la définition de « réglementaire » retenue à l'époque. (cf. B. SEILLER, *Répertoire de contentieux administratif* Dalloz 2003, p. 52)

¹⁵⁸⁰ Arrêt CE Ass., 18/12/2002, « *Madame DUVIGNERES* », req. n° 233618, *AJDA* 2003, pp. 487-490, note F. DONNAT et D. CASAS, *RFDA*, 2003, pp. 280-290, concl. P. FOMBEUR

¹⁵⁸¹ Cf. analyse de Bertrand SEILLER à ce sujet, dans *Répertoire de contentieux administratif* Dalloz 2003, p. 54.

¹⁵⁸² Mais une des difficultés s'avère aujourd'hui de déterminer quand une circulaire, ou certaines de ses dispositions, est impérative. Il ne s'agit pas simplement de tenir compte d'éléments objectifs dans la rédaction du texte mais également de s'intéresser à la réception par ses destinataires du document et à l'intention de l'auteur du texte. Certaines « recommandations » doivent ainsi être tenues pour impératives du fait que « [...] *les agents de l'administration sont (ou se sentent) liés, s'ils prennent soin de ne pas s'écarter de l'interprétation donnée par*

acception de « réglementaire » ou d'« interprétative »¹⁵⁸³. Mais le seul moyen de connaître la véritable nature de la circulaire, et donc la recevabilité du recours, est précisément de la soumettre au juge administratif : c'est dans le cadre d'un recours classique qu'il se prononcera, aujourd'hui en premier lieu¹⁵⁸⁴, sur cette recevabilité avant de se préoccuper des vices éventuellement contenus dans le texte soumis. En résumé, une circulaire reconnue impérative n'a plus de caractère que le nom, perdant les caractères de non-invocabilité devant le juge et de non-opposabilité aux administrés par l'administration et inversement.

Mais par contre, pour ce qui nous intéresse présentement, les circulaires restent bien la manifestation d'une création de la norme complètement interne à l'institution pénitentiaire, sortant directement de ses bureaux. Et pour accentuer ces réminiscences d'institution totale, elles sont réputées ne pas être soumises de manière rigoureuse à l'obligation de publication auxquelles elles étaient pourtant juridiquement astreintes, en vertu de l'article 9¹⁵⁸⁵ de la loi du 17 juillet 1978¹⁵⁸⁶. Face à une inapplication du droit, un décret du 8 décembre 2008 a reposé l'obligation de publicité pour les circulaires ministérielles¹⁵⁸⁷, mais cette fois sanctionnée : non publiées régulièrement¹⁵⁸⁸, depuis le 1er mai 2009, ces circulaires ministérielles ne peuvent tout

leur supérieur. » (A. ILIOPOULOU, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Duvignères* », *RFDA*, 2007, p. 479). Cet élément psychologique avait déjà été relevé par Bertrand SEILLER dans son analyse au *Répertoire de contentieux administratif* Dalloz 2003, p. 54 (n° 408))

¹⁵⁸³ Après une jurisprudence allant en sens contraire, le Conseil d'Etat s'est aujourd'hui arrêté sur ce principe de contrôle de circulaires ne faisant que reprendre les termes d'une règle juridique supérieure dès lors que ladite règle est elle-même impérative. Cf. arrêt CE, 6/3/2006, « *Syndicat national des enseignants et artistes* », req. n° 262982, *Rec. Lebon*, 2006, p. 107 : « si le ministre soutient que l'instruction se borne à résumer les modifications apportées par le législateur au dispositif concernant les déductions pour frais professionnels et que, par suite, elle n'est pas susceptible d'être déférée au juge, ce moyen doit être écarté dès lors que l'instruction présente en tout état de cause un caractère impératif », confirmé par l'arrêt CE, 2/6/2006, « *CHAUDERLOT* », req. n° 275416, *Rec. Lebon* 2006, pp. 275-277, sur conclusions conformes du commissaire du Gouvernement E. GLASER posant, cette fois, un considérant de principe : « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, alors même qu'elles se borneraient à réitérer une règle déjà contenue dans une norme juridique supérieure, le cas échéant en en reprenant les termes exacts ». Mais cette solution ne vaut que pour la recevabilité du recours contre une circulaire. Concernant l'invocabilité de dispositions par les administrés, par contre, le Conseil d'Etat est resté sur sa position traditionnelle, estimant que seules les circulaires réglementaires au sens de la jurisprudence « *Institution Notre Dame du Kreisker* », légales et publiées sont invocables par les administrés (cf. pour exemples CE, 7/2/2003, « *M. BENAMARA* », req. n° 242107 ou CE, 15/10/2004, « *M. FEDDAL* », req. n° 253182). Cependant, le fait qu'avec le décret du 8 décembre 2008, les circulaires mêmes interprétatives deviennent opposables aux administrés dès lors qu'elles sont régulièrement publiées (cf. développement *supra*) risque d'amener le juge à changer sa position jurisprudentielle car certes, opposabilité d'un acte doit être distincte de son invocabilité, mais les deux restent « profondément liées » (expression empruntée à P. COMBEAU et S. FORMERY, dans « Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le « droit souterrain » ? », *AJDA*, 2009, p. 815, paraissant les deux pendants permettant une équité légitime dans les rapports entre citoyens et administration.

¹⁵⁸⁴ D'après Bertrand SEILLER, avant l'arrêt « *DUVIGNERES* », le juge n'acceptait de vérifier la recevabilité du recours eu égard à la nature de la circulaire qu'une fois s'être assuré que le texte était effectivement illégal (B. SEILLER, *Répertoire de contentieux administratif* Dalloz 2003, p. 54 (n° 408) et p 42 (n° 311)).

¹⁵⁸⁵ Devenu, par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 « relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques », et avec modifications de la formulation, l'article 7 de ladite loi.

¹⁵⁸⁶ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal », réformée en 2005 puis en 2009 par deux ordonnances (n° 2005-650 du 6 juin 2005 et 2009- 483 du 29 avril 2009) et décret n° 79-834 du 22 septembre 1979 « portant application de l'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs » modifié par le décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005. Quant au décret du 28 novembre 1983, dont l'article 1er permettait « [t]out intéressé [...] à se prévaloir, à l'encontre de l'administration, [...] des circulaires publiées dans les conditions prévues par l'article 9 de la loi susvisée du 17 juillet 1978, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements » qui a fait couler beaucoup d'encre à propos de son inutilité (cf. notamment R. CHAPUS, *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 2001, 15e éd., p. 517, n° 687), il a été abrogé par l'article 20 du décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 « relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif », abrogation qui a pris effet à compter du 1er juillet 2007.

¹⁵⁸⁷ Cette précision est à souligner, surtout dans des domaines comme ceux étudiés ici, où les pouvoirs des chefs de service gardent un impact important en matière de droit applicable aux enfermés.

¹⁵⁸⁸ C'est-à-dire, et c'est l'innovation du décret du 8 décembre 2008, sur un site Internet dédié à la publication de toutes les circulaires ministérielles, et relevant du Premier ministre. Ce nouveau régime de publicité ne vient cependant pas remplacer, mais seulement compléter, ceux précédemment en vigueur (alinéa 3 de l'article 1er du

simplement pas – ou plus¹⁵⁸⁹ – s'appliquer, et ne sont en aucun cas opposables aux administrés¹⁵⁹⁰. Car si cette entorse à la loi portait peu à conséquence, il est vrai, pour des textes interprétatifs non-opposables aux administrés et non-invocables devant le juge, elle devient réellement une illégalité fautive pour des textes susceptibles de porter grief¹⁵⁹¹. On semble retrouver, dans cette manière de créer la norme et de fonctionner dans un cercle d'initiés, et même plutôt interne à l'administration, ce fonctionnement autarcique d'une institution tournée sur elle-même, n'édicte des règles que pour son propre compte, se protégeant ainsi également du regard extérieur qui viendrait déranger son organisation affinée¹⁵⁹².

Au-delà des règles générales, les principaux aspects de la vie quotidienne des détenus sont réglementés par le règlement intérieur propre à chaque établissement.

b - Le règlement intérieur, la loi de l'établissement

Les normes générales inscrites dans le Code de procédure pénale sont ainsi aménagées afin de laisser une large marge d'appréciation au directeur de l'établissement pénitentiaire dans la rédaction de cet instrument de police interne¹⁵⁹³. En effet, au cœur de la vie pénitentiaire, seule une règle adaptée garde une pertinence, subtil équilibre entre, d'un côté, le respect des normes supérieures, l'instauration des règles classiques de vie en collectivité visant tout particulièrement une population par essence plutôt rebelle aux règles établies, les impératifs de sécurité, et de l'autre l'adaptation de ces grandes lignes à la singularité propre à chaque établissement. Il s'agit, outre le type d'établissement – maison d'arrêt ou établissement pour peine –, et les caractères de la population accueillie – féminine ou masculine, considérations d'âge et de dangerosité évaluée –, de tenir compte de considérations beaucoup plus matérielles comme, par exemple, le degré d'isolement de l'établissement par rapport aux centres urbains. Ces détails influenceront, en effet, tout directeur sensé dans la rédaction de son règlement, l'amenant par exemple à étendre les durées de parloir dans les établissements situés en rase campagne afin de tenir compte de l'éloignement des familles et de leurs difficultés à venir voir fréquemment leur proche incarcéré, ou encore à poser des règles relativement souples quant aux possibilités de téléphoner.

En conséquence, l'article D. 255 CPP¹⁵⁹⁴ remet au chef d'établissement la charge d'établir le règlement intérieur de sa prison. Un risque de cristallisation de son pouvoir discrétionnaire, néanmoins canalisé par un certain nombre de garde-fous : établi en intelligence avec le SPIP « [...] pour les domaines relevant de la compétence de ce service [...] »¹⁵⁹⁵, le règlement doit être

décrit), dans un objectif d'accessibilité renforcée, car simplifiée (cf. alinéa 1er de l'article 1er du décret), à ces textes formant un véritable « droit souterrain » (expression empruntée à P. COMBEAU et S. FORMERY, dans « le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le « droit souterrain » ? », *AJDA*, 2009, p. 809). Notons que seules circulaires ou instructions publiées à partir du 1er mai 2009 peuvent être frappées par la règle posée par le décret du 8 décembre d'abrogation en cas de non-diffusion sur le site internet.

¹⁵⁸⁹ Alinéa 2 de l'article 2 du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 « relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires » : « Les circulaires et instructions déjà signées sont réputées abrogées si elles ne sont pas reprises sur le site mentionné à l'article 1er ».

¹⁵⁹⁰ Alinéa 2 de l'article 1er du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 « relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires » : « Une circulaire ou une instruction qui ne figure pas sur le site mentionné au précédent alinéa n'est pas applicable. Les services ne peuvent en aucun cas s'en prévaloir à l'égard des administrés. »

¹⁵⁹¹ Par contre, les remarques autrefois portées également sur l'instrument même de la publication, le Bulletin Officiel propre à chaque ministère et de diffusion moins répandue que le Journal Officiel, donc d'accessibilité – et même pour commencer, de notoriété – moindres, semblent pouvoir être écartées. Concernant le ministère de la Justice, son Bulletin Officiel est consultable en ligne sur son site à partir de son n° 73, remontant au premier trimestre 1999. Cf. <http://www.textes.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10085> (consulté notamment le 9/10/2009)

¹⁵⁹² Cette dernière remarque ne signifie pas que le même mode de fonctionnement n'existe pas dans les autres administrations. Relevons seulement que dans le cadre de l'administration pénitentiaire, cette attitude se cumule à d'autres pour rappeler, au final, certaines caractéristiques historiques de l'institution pénitentiaire.

¹⁵⁹³ Cf. M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, pp. 38-39

¹⁵⁹⁴ Ainsi que le précise l'article 48 du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, l'abrogation des articles D. 255 à D. 257 CPP n'entrera en vigueur que lorsque le décret en Conseil d'Etat auquel renvoie la nouvelle rédaction de l'article 728 CPP et qui doit fixer le contenu des règlements intérieurs types des établissements pénitentiaires entrera lui-même en vigueur. Or ce décret est toujours attendu.

¹⁵⁹⁵ Alinéa 2 de l'article D. 255 CPP

soumis, certes seulement pour avis, au juge d'application des peines puis, surtout, être approuvé par le directeur régional et être transmis, ainsi que toute modification ultérieure, à la commission de surveillance (soit, de toute évidence, aujourd'hui, à son remplaçant le conseil d'évaluation)¹⁵⁹⁶.

Dès la première rédaction du Code de procédure pénale, l'article D. 247 CPP imposait un contenu commun minimal en exigeant que l'emploi du temps, précisant les principaux « temps forts » de la journée de détention¹⁵⁹⁷, y soit inscrit. Et depuis 1969¹⁵⁹⁸, l'Administration pénitentiaire semble rechercher de manière de plus en plus marquée une uniformisation des règlements intérieurs, et une première standardisation, rédactionnelle et de contenu, est aujourd'hui en vigueur. Une circulaire de 1988¹⁵⁹⁹ impose quelques formulations visant à informer le détenu sur sa situation de sujet soumis à un certain nombre de règles, et plusieurs rubriques doivent nécessairement figurer dans le règlement intérieur¹⁶⁰⁰. Ceci dit, la marge d'appréciation reste ample au sein de ces rubriques. Il s'agit d'abord d'obliger le chef d'établissement à « légiférer » sur ces sujets plutôt que de vouloir lui imposer une ligne de conduite¹⁶⁰¹.

Par principe, le règlement intérieur est donc une norme s'imposant autant aux personnels qu'aux détenus, opposable même à ces derniers dans le cadre pénitentiaire puisque le non-respect de l'une de ses dispositions est, par lui-même, un motif de sanction disciplinaire¹⁶⁰², sans compter les descriptifs de fautes disciplinaires renvoyant à ce texte comme dispensateur des limites franchies par l'infracteur potentiel¹⁶⁰³.

Etant opposable aux détenus et l'instrument par excellence de leur information sur le fonctionnement de l'établissement et sur leurs droits et obligations¹⁶⁰⁴, le règlement intérieur doit nécessairement faire l'objet d'une publicité suffisante auprès de la population pénale, dès l'entrée en prison¹⁶⁰⁵. En conséquence, les articles D. 256 et D. 257 CPP imposent cette communication, sans pour autant obliger à ce que l'ensemble du règlement intérieur soit ainsi porté à la connaissance des détenus : pour des raisons d'efficacité auprès d'une population généralement en difficulté avec l'écrit et avec les règles, seules les dispositions-clefs du document (les principaux droits et obligations du détenu, les règles concernant la discipline et celles organisant ses relations avec l'extérieur, notamment famille, défenseur et autorités administratives et judiciaires, les règles de base concernant le fonctionnement de l'établissement) sont remises au

¹⁵⁹⁶ Alinéa 3 de l'article D. 255 CPP

¹⁵⁹⁷ Horaires des lever et coucher, des repas, du travail, de la promenade et de l'extinction des lumières.

¹⁵⁹⁸ Date de la première circulaire (circulaire AP 69-3 du 14 avril 1969) mentionnée pour illustrer cette remarque par Bernard BOULOC, dans B. BOULOC, *Pénologie, op. cit.*, 2005, p. 185. La politique se poursuit avec la circulaire AP 70-1 du 2 mars 1970 l'année suivante.

¹⁵⁹⁹ Circulaire AP 88-16 du 27 décembre 1988 (JUSE8840070C) « relative aux règlements intérieurs des établissements pénitentiaires »

¹⁶⁰⁰ Il s'agit de l'emploi du temps de la journée de détention, des relations du détenu, de l'orientation et du transfèrement, de l'isolement, de la gestion des valeurs pécuniaires, des activités, des soins, de l'assistance spirituelle ou morale, du service socio-éducatif, des questions d'habillement, de l'hygiène, de l'entretien et de la discipline.

¹⁶⁰¹ En effet, la forte liberté en matière de rédaction de règlement intérieur signifie également possibilité de ne pas légiférer cf. M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu*, op. cit., 1998, p. 40). Des vides juridiques pouvaient ainsi être constitués par certains règlements, sciemment ou non, sur des sujets considérés comme importants par la circulaire de 1988.

¹⁶⁰² 5° de l'article D. 249-3 CPP

¹⁶⁰³ Cf. par exemple, 8° et 9° de l'article D. 249-2 ou 10° et 11° de l'article D. 249-3 CPP

¹⁶⁰⁴ Il est même le document repère pour le personnel, qui y retrouve « [...] le cadre dans lequel [il] doit accomplir les tâches qui lui sont confiées », s'avérant ainsi au coeur de la communication, « [...] le pivot d'un réseau d'informations à l'intérieur de chaque établissement pénitentiaire. » (circulaire de 1988, pp. 111 et 113)

¹⁶⁰⁵ L'importance de cette publicité est rappelée, *de facto*, par les motifs d'annulation d'une mesure disciplinaire par la CAA de Nantes, dans une décision du 30 décembre 2008 : c'est notamment du fait du défaut de preuve par l'administration que l'avenant porteur de la règle non respectée par le détenu avait bien été porté à la connaissance de la population pénale que la Cour a annulé la mesure. (CAA Nantes, 30/12/2008, « *Garde des Sceaux c/ M. C.* », req. n° 08NT00331, commenté par M. HERZOG-EVANS, dans J-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, « Exécution des peines. Janvier 2008-février 2009 », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 20, p. 1377)

détenu entrant et éventuellement affichées au sein de la détention. Par contre, l'intégralité du texte – qui fait souvent une centaine de pages au moins – doit être accessible aux prisonniers qui souhaitent en prendre connaissance¹⁶⁰⁶. En outre, une information orale est requise par la circulaire de 1988 pour chaque entrant en prison, dans le cadre d'un entretien individuel, éventuellement complété par un document audiovisuel et/ou une information collective¹⁶⁰⁷, une exigence d'information reprise par l'article 23 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

Dès lors qu'il respecte les normes supérieures, le directeur est donc libre de la politique menée dans son établissement. Les procédures de modifications doivent en outre rester simples, afin de permettre des modifications aisées, visant à garder perpétuellement la plus forte accoutance entre le texte et «[...] *les inévitables évolutions* [...]»¹⁶⁰⁸ connues au sein de tout établissement¹⁶⁰⁹. Mais, revers négatif de ce qui est un avantage du point de vue de l'administration, cette possibilité de forte labilité de la règle de droit entraîne un risque d'insécurité juridique d'autant plus important que la population pénale est généralement peu familière des textes de droit, complexes à ses yeux. S'y habituer n'est pas simple, leur renouvellement à intensité soutenue déconnecte les détenus de ce rouage pourtant indispensable pour la connaissance et la défense de leurs droits. Sans compter que ces nombreuses actualisations font rarement l'objet d'une intégration dans le corps même du règlement intérieur préexistant, étant généralement faites sous forme de note plutôt que de modifications du règlement intérieur. Chercher à connaître l'état du droit à un moment précis apparaît donc singulièrement plus compliqué qu'une simple consultation du règlement intérieur de l'époque donnée.

Par ce seul texte, on peut donc passer du plus haut degré de contrainte, où chaque parcelle de la vie quotidienne sera dûment réglementée et un climat de surveillance et de suspicion constante instauré, à un régime beaucoup plus libéral et axé sur la réinsertion, où le maintien des liens familiaux et le développement des initiatives venant des détenus ainsi que des activités socio-culturelles sera promu. C'est en effet lui qui fixe, on l'a évoqué, le rythme et la durée des visites, les possibilités de téléphoner, mais également les horaires de la journée de détention, les activités autorisées et interdites au sein de la détention, les objets autorisés et interdits, le régime de circulation (portes des cellules ouvertes la journée ou non, possibilité pour les détenus de se réunir convivialement, de « s'inviter » mutuellement dans leur cellule etc.).

Ainsi, ce document-clef dans le cadre de la détention, document de référence par excellence du droit applicable au sein de la détention aussi bien pour le personnel que pour les détenus a autant un rôle pratique qu'il est fortement connoté symboliquement : il est « [...] *l'expression de l'autorité du chef d'établissement* [...] »¹⁶¹⁰, la consécration de son pouvoir, mais surtout « [...] *l'instrument conférant conjointement l'autorité et la légitimité aux décisions des responsables de la surveillance, auprès d'une population pénale qui manque souvent de repères normatifs.* »¹⁶¹¹, remplissant ainsi une troisième mission, éducative – et d'un certain sens citoyenne – cette fois, par le biais d'un réapprentissage des contraintes de la vie en société, forcément encadrée. Dès lors, il doit appartenir à ces domaines dont les règles ont été rehaussées, dans la hiérarchie des normes, passant d'un cadre émanant de décrets simples à un encadrement émanant d'un décret en Conseil d'Etat¹⁶¹².

Eric PECHILLON le souligne, eu égard à l'attention à porter aux spécificités de chaque établissement *sus*-expliquée, il est impossible d'envisager un règlement intérieur uniforme pour

¹⁶⁰⁶ Il doit notamment être disponible, en plusieurs exemplaires, à la bibliothèque de l'établissement (circulaire AP de 1988, *BOMJ* n° 32, p. 121)

¹⁶⁰⁷ Cf. circulaire de 1988, p. 121

¹⁶⁰⁸ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 300

¹⁶⁰⁹ Cf. circulaire de 1988

¹⁶¹⁰ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 299

¹⁶¹¹ *Idem* p. 299

¹⁶¹² Ainsi, l'encadrement des règlements intérieurs est déjà en partie fixé, par le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010, décret en Conseil d'Etat, aux articles R. 57-6-18 à R. 57-6-20 CPP. Reste, toujours attendu, le décret en Conseil d'Etat devant préciser le contenu des règlements intérieurs types.

toutes les prisons¹⁶¹³. Martine HERZOG-EVANS dénonce pourtant, pour sa part, cette hétérogénéité des textes de police interne et les parlementaires qui se sont penchés sur la question en 2000 plaident pour l'instauration de règlements intérieurs modèles propres à chaque type d'établissement¹⁶¹⁴. C'est ce qu'instaure, dans le principe, l'article 86 de la loi du 24 novembre 2009 venant réécrire l'article 728 du Code de procédure pénale. Si une relative liberté de rédaction du règlement intérieur est incontestablement nécessaire dans le cadre d'une adaptation de la règle aux particularités locales, une trop large marge d'appréciation amène à des ruptures du principe d'égalité de traitement entre les détenus et surtout, à des incompréhensions, voire à la naissance d'un sentiment d'injustice chez les prisonniers incarcérés dans des établissements plus stricts, tout à fait délétère pour le climat de la détention et pour la rééducation du détenu. En effet, un certain nombre d'interdits ou de restrictions posés par certains règlements apparaissent sans fondement¹⁶¹⁵ mais d'us, par exemple, à un incident isolé qui s'est produit au sein de l'établissement ou à une pratique obsolète face aux valeurs sociétales modernes mais jamais corrigée.

Il faut néanmoins relever que dès avant cette réforme législative, un règlement intérieur type pour les maisons centrales a vu le jour au premier semestre 2008, la rédaction de documents types ont été élaboré, sur le même principe, pour les centres de détention, les centres pour peine aménagée et les « quartiers courtes peines » à partir du second semestre 2009 et des efforts d'harmonisation ont commencé à être appliqués dans les maisons d'arrêt avec la diffusion nationale de quatorze « [...] *fiches de procédure de nature à normaliser la vie en détention, les activités des détenus et à l'individualisation du parcours de détention* [...] »¹⁶¹⁶ durant l'été de la même année. L'application concrète de l'exigence de l'article 86 ne devrait donc pas trouver de difficulté à aboutir rapidement, les prévisions gouvernementales visant 2010, et jusqu'à 2011 pour les maisons d'arrêt¹⁶¹⁷.

c - Les notes de services, les « circulaires de l'établissement »

Il faut également compter que la labilité de la règle de droit est renforcée par la pratique des notes de service, outil de modification instantanée du droit au sein de la détention, au service du chef d'établissement. Reproduction à la taille de l'établissement de ce qu'est la vraie circulaire au niveau de l'administration centrale, ce document juridique, *a priori* purement interprétatif du règlement intérieur, nécessite encore moins de formalités que la réécriture ou la modification du règlement lui-même¹⁶¹⁸.

Considérées en effet, comme n'ajoutant pas au droit existant, ces notes permettent pourtant de changer l'interprétation de la règle de manière invisible pour les autorités de contrôle. Or un phénomène juridiquement intéressant s'est développé en prison : la pratique de la modification du règlement intérieur par voie d'affichage de notes de cette espèce. C'est ainsi que la discipline est régulièrement raffermie au sein d'établissements connaissant un « [...] *certain relâchement de la vigilance* [...] »¹⁶¹⁹ ou en réponse à un mouvement collectif de la part des prisonniers ou à tout événement ayant perturbé la détention¹⁶²⁰. La vigilance demeure cependant primordiale à leur égard, puisque, en bonne reproduction des circulaires, elles connaissent la même propension à devenir impératives et à ainsi verser dans le document à

¹⁶¹³ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 300

¹⁶¹⁴ L. MERMAZ et J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée Nationale, n° 2521, op. cit., tome I, 2000, p. 141 ; J-J. HYEST et G-P. CABANEL *Prisons une humiliation pour la République.*, Sénat, n° 449, op. cit., 2000, p. 209 (mesure d'urgence n° 20)

¹⁶¹⁵ On entend ici une absence de problèmes dans d'autres établissements de la même catégorie pratiquant la règle contraire, plus laxiste (autorisation de posséder un ordinateur dans sa cellule, de conserver avec soi son eau de toilette etc) et aucune réelle spécificité locale crédible.

¹⁶¹⁶ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », op. cit., 2010, p. 34

¹⁶¹⁷ *Idem*, p. 34

¹⁶¹⁸ La prison vue de l'intérieur. Regard de ceux qui travaillent derrière les murs, op. cit., 2007, p. 125

¹⁶¹⁹ M. HERZOG-EVANS, *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1998, p. 39

¹⁶²⁰ On peut prendre pour exemple une mauvaise utilisation d'un produit cantinable par un détenu, comme de s'être soulé en buvant un bouteille de parfum, qui peut amener la direction à prévenir ce genre d'événement en interdisant le produit dans l'établissement et en l'excluant, pour l'avenir, des produits cantinables.

caractère décisive, ajoutant éventuellement au droit existant. Elles pourront faire dès lors l'objet de recours pour excès de pouvoir et être, de manière plus générale, invoquées utilement devant le juge administratif.

Le type de publicité faite va d'ailleurs amener de nouvelles questions devant le juge, de l'ordre de « [...] la valeur juridique d'un affichage tombé et disparu à la poubelle » (et bien entendu non remplacé), pour reprendre les termes de Madame HERZOG-EVANS. Dans la mesure où cet affichage était la seule référence à la nouvelle règle accessible par le détenu, la règle fixée par cette circulaire est-elle toujours opposable aux détenus une fois l'affiche tombée ? Quelle preuve que cette information aura été faite auprès des prisonniers ? Quant au détenu nouvellement arrivé en détention après la disparition de cette affiche, comment connaîtra-t-il la règle ainsi disparue formellement mais toujours en vigueur ? Lui sera-t-elle donc également opposable ? Si on en revient au sens profond de la publication qui joue un rôle d'obligation d'information, on peut vraisemblablement conclure par la négative au moins pour le dernier cas.

d - Le droit non écrit en prison : une loi prégnante et non-officielle

Mais la règle posée par le directeur ou par la loi¹⁶²¹ connaît un rude concurrent dans les usages, droit *infra jurem* qui a tendance à disparaître dans toutes les branches du droit à quelques exceptions près mais qui prend, en prison, un ascendant parfois important sur la vie quotidienne dans certains établissements¹⁶²². Norme endogène à l'excès, elle est considérée par les sociologues comme l'une des manifestations les plus évidentes – dès lors qu'on en connaît l'existence – du fonctionnement d'une institution totale. Mais en effet, encore faut-il, pour la personne extérieure, découvrir l'existence de cette norme par nature invisible puisque non juridique, non écrite et fréquemment *contra legem*.

Par contre, comme toute règle tirant sa légitimité de l'habitude, elle ne peut être que vivace par essence et entrer rapidement dans les acquis du nouvel arrivant, chef d'établissement ou surveillant comme détenu. Il s'agit souvent d'avantages en faveur des détenus, conquis par une pression pacifique opérée sur l'administration locale, profitant d'un rapport de force qui leur est favorable comme l'explique Martine HERZOG-EVANS¹⁶²³. Il peut également s'agir, dans une gestion de vie collective bien comprise, d'accorder des assouplissements de règles permettant d'ôter certaines tensions au sein de la détention¹⁶²⁴. Certains usages finissent ainsi par devenir des usages propres à un type de prisons¹⁶²⁵ et non plus à des établissements pris au cas par cas.

Dans tous les cas, il est clair que cet ordre des choses reste juridiquement précaire, tout chef d'établissement pouvant décider, subitement, de ramener la loi de son établissement aux

¹⁶²¹ Il faut comprendre ici lois et règlements.

¹⁶²² Il est important de bien distinguer l'usage de la coutume, seul le premier pouvant *a priori* avoir valeur de règle de droit à part entière. La coutume se forge par contre à partir d'usages, mais réunit, contrairement à eux, à la fois un élément matériel -la répétition à l'identique d'un grand nombre d'actes, l'ancienneté de la pratique ainsi visée, sa constance, sa notoriété et sa reconnaissance générale chez ceux qu'elle concerne, « [...] ce qui signifie que la plupart des gens que [cette pratique] concerne s'y soumettent de façon générale. »- et un élément psychologique, à savoir « la conviction d'agir en vertu d'une règle psychologique ». Cependant, Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX reconnaissent, dans leur traité, que les deux notions tendent à perdre leur distinction et eux-mêmes semblent employer les deux termes indifféremment dans certains passages de leur ouvrage. Il peut cependant arriver que les usages prennent valeur de règle de droit soit « par délégation de la loi », soit, plus rarement, de manière autonome. Les cas d'usages *contra legem*, existant uniquement dans ce dernier cadre, font réellement figure d'exception parmi toutes les formes d'usages encore en cours. (J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ/EJA, 1990 (3e ed.), pp. 434 - 449). La situation pénitentiaire, joue véritablement, pour sa part, avec des usages officiellement inconnus de la sphère juridique. En premier lieu, le Code de procédure pénale ne les reconnaît pas.

¹⁶²³ Cf. M. HERZOG-EVANS, « Les particularités du droit pénitentiaire », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 31, 1998, p. 23. Elle précise que, bien que majoritairement en faveur des détenus, cela n'est pas systématique : tout dépend de l'histoire de l'établissement et des interactions et groupes de pression propres à ce dernier.

¹⁶²⁴ On peut citer, à titre d'exemple, l'usage, aujourd'hui légalisé, de la possibilité de téléphoner dans les maisons centrales. Avant le décret du 3 mai 2007, cette faculté n'était octroyée, selon l'ancien alinéa 2 de l'article D. 417 CPP, qu'à titre exceptionnel. Pourtant, la possibilité s'était généralisée, perdant tout caractère exceptionnel.

¹⁶²⁵ Maisons d'arrêt, centre de détention ou maisons centrales.

stricts textes législatifs et réglementaires applicables et reconnus officiellement¹⁶²⁶. Il ne naît en effet aucun droit acquis au maintien de l'usage, qui ne peut donc être défendu juridiquement. Cependant, un tel retour au Droit reste généralement peu pérenne, la grande force de l'usage étant que celui-ci demeure suffisamment ancré dans les mentalités pour se réinstaller progressivement¹⁶²⁷.

L'existence d'usage *contra legem* est d'ailleurs présenté comme salubre par Samantha ENDERLIN dans un domaine strictement délimité tel que celui du droit disciplinaire. Droit particulièrement exigeant en droit français, il est inapplicable à la lettre car trop strict. Il ne permet pas, a priori, de « *médiations informelles* »¹⁶²⁸ entre surveillants et détenus, sans passer par la commission de discipline. En conséquence, tout un *corpus* d'usages est venu s'insérer dans ce cadre. Le premier serait de ne pas recourir systématiquement au compte-rendu d'incident, mais de régler les fautes considérées comme peu graves hors de la procédure disciplinaire par des remontrances, la menace du compte-rendu voire l'instauration du « petit prétoire » consistant, dans ces cas de « *manquement léger à la discipline* »¹⁶²⁹, à présenter le détenu au surveillant-chef qui lui infligera un avertissement. Cette pratique, instaurée, aux dires de Samantha ENDERLIN dans nombre d'établissements pénitentiaires, peut être organisée en accord avec la commission de discipline, devenant véritablement une première pièce de l'édifice procédural disciplinaire de l'établissement – il sera, par exemple, entendu que le détenu soit déféré à la commission de discipline après trois avertissements – ou jouer en autonome. Rappelons que cet usage rejoint une recommandation du droit européen, inscrite d'ailleurs dans les règles pénitentiaires européennes, qui pose la procédure disciplinaire comme « [...] *mécanisme[...] de dernier ressort* »¹⁶³⁰ en la matière et incite les Etats membres à introduire une procédure de « [...] *restauration et de médiation pour résoudre [les] différends [des autorités pénitentiaires] avec les détenus et les disputes entre ces derniers* »¹⁶³¹ avant l'engagement d'une procédure disciplinaire.

Il s'agit également de nouer des rapports de confiance, basés sur un régime de faveurs et de punitions en conséquence (retrait de ces faveurs) inconnues des textes, *infra jurem*. Des faveurs qui sont en général autant d'entorses à la loi de la prison : tolérance des rapports sexuels au parloir, laisser les détenus s'échanger des denrées achetées à la cantine alors que ce type de transactions est assimilé à du trafic et interdit en prison, ... Cela permet aux surveillants d'avoir un ascendant plus fort sur les détenus sur un mode autre que la pure contrainte et la discipline, un mode plus pacifié ; cet ascendant qui s'extrait du rapport de force direct ne lui donne ainsi que plus de d'impact. Cela permet également au personnel pénitentiaire d'avoir une observation plus fine des rapports des détenus entre eux, d'observer leurs comportements collectifs et individuels utiles quant à la gestion de cette population pénale (identifier les « caïds » et les détenus plus fragiles, éventuellement ceux qui apparaissent comme des victimes d'autres etc.) mais aussi pour les conclusions individuelles sur les détenus.

La grande variété des formes de normes, emportant degré de valeur juridique, à la disposition de l'institution pénitentiaire lui a offert une liberté encore plus large dans son fonctionnement interne, en jouant précisément sur les caractéristiques de ces différents types de normes en fonction de ses intérêts, et souvent au détriment des droits des détenus. C'est à un rétablissement du *corpus* juridique interne *via* une rehiérarchisation des normes plus conformes aux exigences de protection de droits des individus enfermés que travaille l'administration, souvent sous l'impulsion ou la menace du juge interne ou européen.

¹⁶²⁶ La pratique se retrouve chez des chefs d'établissement jugeant ces pratiques comme les symptômes délétères et éventuellement dangereux, d'un relâchement, de l'ordre au sein de l'établissement. Ce resserrement de la discipline peut d'ailleurs faire suite à un incident ou une révolte au sein de la détention.

¹⁶²⁷ Cf. M. HERZOG-EVANS, La gestion du comportement du détenu, op. cit., 1998, p. 41

¹⁶²⁸ C. S. ENDERLIN, Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté, op. cit., 2008, p. 147

¹⁶²⁹ *Idem* p. 149

¹⁶³⁰ Règle 56-1 des RPE 2006

¹⁶³¹ *Idem*

■ 2. Un second degré de rehiérarchisation : un début de rehiérarchisation des normes réglementaires

En effet, ainsi que le souligne Samantha ENDERLIN dans sa thèse, le *corpus* de normes régissant le droit pénitentiaire, à l'origine en grande majorité régi par des circulaires et des normes administratives impropres à fixer un droit de cette ampleur, modifie nécessairement l'ordonnancement juridique et porte atteinte aux droits et libertés des détenus en posant des obligations, autant à ces individus qu'au personnel en ayant la charge. A partir des années 1970, un rehaussement d'un certain nombre de règles, touchant notamment à des droits essentiels des détenus, a amené une première rationalisation juridique de cette réglementation. Une accélération semble s'être dessinée à partir des années 1990 où des domaines aussi fondamentaux que le droit disciplinaire¹⁶³² ou la mise à l'isolement¹⁶³³ sont passés d'une réglementation là encore par circulaires à une réglementation décrétales. La loi du 24 novembre 2009 vient encore accentuer ce phénomène en légalisant nombre de dispositions ressortant antérieurement selon les cas, de décrets ou mêmes de circulaires¹⁶³⁴.

Progressivement, c'est donc une véritable réorganisation du droit pénitentiaire, visant à redonner à chaque règle sa place dans un texte de la hiérarchie des normes correspondant à son contenu et donc à assurer son impact sur l'ordonnancement juridique, et notamment sur les droits et libertés des personnes intéressées, qui s'opère. Des progrès restent à faire, un certain nombre de situations demeurant non conformes à cet ordonnancement. Tel est le cas pour le régime des Détenus Particulièrement Signalés (DPS), toujours fixés par une simple circulaire. Tel est le cas de toutes les situations dont les atteintes ou les conditions demeurent floues, qu'il s'agisse des transfèrements administratifs mentionnés aux articles D. 300 à D. 302 CPP, des droits et libertés absents du droit pénitentiaire tels que droit syndical, libertés de réunion et d'association, de la réglementation propre à divers régimes différenciés promis implicitement par la loi du 24 novembre 2009. Le cas des Equipes Régionales d'Intervention et de Sécurité (ERIS) enfin, semble symptomatique, ces équipes ayant été créées par une circulaire du 27 février 2003 qui définit tout, de leur composition, leur saisine, leurs missions et leur domaine d'intervention à leurs modes d'action¹⁶³⁵. Or, d'une part, il semble un minimum, y compris envers ses agents, qu'une nouvelle force de sécurité soit dotée d'un cadre normatif un peu plus solide qu'une simple circulaire, non publiée qui plus est ; d'autre part, les critiques à l'égard de nombre de leurs interventions, tenant notamment à leur violence, ne fait que conforter le souhait d'une réglementation structurée et pointilleuse sur leur usage de la force¹⁶³⁶.

¹⁶³² Décret n°96-287 du 2 avril 1996 « relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) » agrémenté de sa circulaire AP 96-03 GA3 du 2 avril 1996 « relative au régime disciplinaire des détenus »

¹⁶³³ Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 « modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires » et sa circulaire AP n° 98-04 PMJ4 du 14 décembre 1998 « Le placement à l'isolement », puis décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 « modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'isolement des détenus » et sa circulaire DAP 2006-3092 PMJ4 du 24 mai 2006 « relative à la mise à l'isolement », ces décrets remplaçant la circulaire AP n° 91-05 GA 1 du 12 juillet 1991, *BOMJ* n°43

¹⁶³⁴ C'est le cas de droits et libertés comme le droit à l'information (article 43 de la loi), la liberté de conscience et de religion (article 26), l'accueil et l'information du détenu « arrivant » en détention (article 23), le droit à la correspondance et l'accès au téléphone pour les condamnés (cet accès faisant l'objet d'une complète innovation de la loi pour les prévenus) (articles 39 et 40), le droit de bénéficier de visites en unité de vie familiale (article 36).

¹⁶³⁵ Note H 17 n° 2760 du 27 février 2003, « Constitution des Equipes Régionales d'Intervention et de Sécurité (ERIS) », non publiée précisée par la note H 17 n° 2769 du 19 septembre 2003, « Mise en oeuvre d'une procédure de suivi de l'utilisation des Equipes Régionales d'Intervention et de Sécurité (ERIS) » également non publiée

¹⁶³⁶ Précisons à ce sujet qu'étant issus du corps des surveillants, ils sont *a priori* soumis à l'article 12 de la nouvelle loi du 24 novembre 2009, réglementant cet usage pour les agents de surveillance de même qu'ils l'étaient déjà, -et le restent *a priori*- à l'article D. 283-5 CPP, davantage exigeant que la loi nouvelle (L'alinéa 3 de l'article 12 indique en effet que « [les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire] ne doivent utiliser la force, le cas échéant en faisant usage d'une arme à feu, qu'en cas de légitime défense, de tentative d'évasion ou de résistance par la violence ou par inertie physique aux ordres donnés. Lorsqu'ils y recourent, ils ne peuvent le faire qu'en se limitant à ce qui est strictement nécessaire. » tandis que l'article D. 283-5 CPP énonce que « Le personnel de l'administration pénitentiaire ne doit utiliser la force envers les détenus qu'en cas de légitime défense, de tentative d'évasion ou de résistance par la violence ou par inertie physique aux ordres donnés.

L'analyse des circulaires de procédure proposée par Samantha ENDERLIN est enfin tout-à-fait instructive sur les conséquences de l'utilisation de la hiérarchisation des normes par l'administration pénitentiaire ou à tout le moins de ses conséquences indirectes : ni les modalités pratiques de communication et consultation de leur dossier par les détenus lors d'une procédure disciplinaire, ni le déroulement de la procédure disciplinaire, ni le droit à un interprète n'étaient fixés par le décret d'application de la loi du 12 avril 2000 ouvrant droit à un certain nombre de garanties dans les relations entre les usagers et l'administration et applicable dans le cadre de la procédure disciplinaire. C'était une circulaire du 9 mai 2003¹⁶³⁷ qui organisait ces droits pour diverses décisions pénitentiaires, notamment celles d'engagement d'une procédure disciplinaire. Or il semble, que ces textes soient peu appliqués¹⁶³⁸. L'auteur en concluait qu'une valeur supérieure permettrait de sanctionner plus aisément leur non-application et donnerait certainement davantage d'impact à ces règles¹⁶³⁹. Il était dans tous les cas choquant que des droits aussi fondamentaux pour l'efficacité de la procédure et de la défense de la personne intéressée que celui à un interprète n'aient été inscrits dans le droit disciplinaire que par une simple circulaire. Cette élévation dans la hiérarchie normative de toute cette procédure disciplinaire est opérée par le décret en Conseil d'Etat n°2010-1634 du 23 décembre 2010. Voilà désormais l'ensemble de ces droits et garanties introduits dans la deuxième partie du Code de procédure pénale et ainsi dotée d'une assise juridique sensiblement plus solide que celle existant jusque là. Il n'y aura donc plus à transiger pour leur application.

Et dans la même veine, ce décret en Conseil d'Etat n°2010-1634 du 23 décembre 2010, décret d'application de la loi du 24 novembre 2009, rehausse à la deuxième partie du Code de procédure pénale un nombre non négligeables de dispositions concernant l'organisation les conditions de détention, dans la continuité de la loi pénitentiaire de 2009. Ainsi, alors que les conditions de détention étaient quasi inexistantes dans cette partie du code, uniquement gérées par des décrets simples¹⁶⁴⁰, voilà désormais le droit de la prison ventilé de manière largement plus cohérente par rapport à ses impacts juridiques dans l'ensemble de la hiérarchie normative, y compris à l'intérieur de la hiérarchie plus fine entre types de décrets¹⁶⁴¹. Dorénavant, les droits fondamentaux des détenus qui nécessitent des règles de mises en oeuvre¹⁶⁴² sont encadrés à ce niveau réglementaire et non plus même par décret simple. L'ensemble du droit disciplinaire, y compris la définition des fautes et des sanctions, le placement à l'isolement ont également intégralement migré dans cette partie du Code, mais aussi l'encadrement des fouilles intégrales¹⁶⁴³ et celui de l'usage des moyens de contrainte et de la force envers les personnes détenues, à commencer par le port et l'utilisation des armes à feu¹⁶⁴⁴.

On relèvera pour terminer, en marge de cette rehiérarchisation mais significative sur un plan symbolique, l'adoption tant attendue d'un Code de déontologie du service public pénitentiaire. Ce dernier, pris par décret¹⁶⁴⁵, ne semble pas révolutionner le droit pénitentiaire en

Lorsqu'il y recourt, il ne peut le faire qu'en se limitant à ce qui est strictement nécessaire. »).

¹⁶³⁷ Circulaire n° JUSE0340055C du 9 mai 2003 « relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration »

¹⁶³⁸ « [...] [T]rès exceptionnellement [...] » rapporte Samantha ENDERLIN de témoignages d'avocats intervenant en détention (C. S. ENDERLIN, *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté*, op. cit., 2008, p. 139)

¹⁶³⁹ C. S. ENDERLIN, *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté*, op. cit., 2008, p. 139

¹⁶⁴⁰ Dans la rédaction du code antérieure à l'entrée en vigueur de la réorganisation du Code de procédure pénale, au 29 décembre 2010, environ seize articles concernant les « conditions de détention » (sans compter les quelques dispositions spécifiques aux mineurs détenus) figuraient dans cette deuxième partie du Code de procédure pénale.

¹⁶⁴¹ Ce sont près de 160 articles, soit dix fois plus, qui encadrent les conditions de détention dans cette partie du code, ces dispositions étant la plupart du temps de simples migrations d'articles figurant antérieurement dans la troisième partie du code, mais reformulés et toilettés. La partie issue de décrets simples n'en a donc fondu que d'autant.

¹⁶⁴² Tel est le cas, notamment, des relations des personnes détenues avec le monde extérieur (droit d'accès au téléphone, droit de correspondance écrite, droit de visite), avec leur défenseur, de leur droit à l'image, de leur accès au droit et aux soins, de leur liberté de religion etc.

¹⁶⁴³ Articles R. 57-7-79 à R. 57-7-82 CPP

¹⁶⁴⁴ Articles R. 57-7-83 et R. 57-7-84 CPP

¹⁶⁴⁵ Décret n°2010-1711 du 30 décembre 2010 « portant code de déontologie du service public pénitentiaire »

la matière, mais il s'agit plutôt d'une intéressante démarche de clarification du droit, permettant de donner une estime nouvelle à toutes les dispositions éparses concernant les règles régissant les professionnels du service public pénitentiaire et toutes les personnes concourant à ce service. Il s'agit surtout, de manière plus fondamentale, de bien souligner le cadre moral, au sens de système de valeurs, devant être respecté par les personnes exerçant dans le cadre de ce service public. C'est une dignité nouvelle qui est donnée à ces activités et professions dans la mesure où elles touchent à ce service, par ce simple affichage de valeurs. Ce code devrait être davantage qu'un « guide de bonne conduite », il doit revêtir une double utilité et un double sens, moral et pratique, auprès du public comme des personnes concernées directement par ses dispositions que sont les personnels de l'administration pénitentiaire, les personnes concourant au service public pénitentiaire, les détenus et même les familles et proches de ces derniers.

L'institution pénitentiaire se montre ainsi ambivalente à l'égard de la création de sa norme interne, prise entre, d'un côté, le désir – et la capacité qui lui est en partie maintenue en ce sens – d'en conserver la maîtrise et, de l'autre côté, l'exigence démocratique de plus en plus prégnante d'externalisation minimale de cette création. Une exigence qu'elle veut également honorer pour souligner sa rupture avec l'ancien schéma totalitaire. Si elle se voit enfin tenue de se plier au système de hiérarchie des normes de droit commun sur des pans importants de son droit institutionnel, elle argue pour sa part surtout de sa prise en compte du droit international et européen pour défendre ses efforts et sa volonté d'externalisation.

§ 2. Le bémol au droit autarcique : l'entrée en jeu du droit international et européen

C'est même avant de subir ce mouvement interne de rehiérarchisation de la norme institutionnelle que l'institution pénitentiaire a connu des brèches dans son système de création confiné par le biais international : une série de textes internationaux, certes à valeur généralement purement déclaratoire, cherchent à orienter la politique pénitentiaire et connaissent une relative attention de la part de l'Etat français. Tel est le cas de textes à portée générale, qu'il faut comprendre comme n'excluant pas, par principe, les détenus de la promotion des droits de l'Homme qu'ils définissent. Tel est le cas plus spécifiquement de textes pris précisément en faveur des détenus.

Dans la première catégorie de textes internationaux, se retrouvent la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée à Paris le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale de l'ONU¹⁶⁴⁶, les deux Pactes internationaux adoptés à New-York le 16 décembre 1966¹⁶⁴⁷ sous la même égide, et encore la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984, sans vote¹⁶⁴⁸. S'y rajoutent, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de Libertés Fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et la Convention Européenne pour la Prévention de la Torture et de Peines ou Traitements inhumains ou dégradants¹⁶⁴⁹. L'impact de ces textes reste moindre¹⁶⁵⁰ mais sans doute leur haute valeur symbolique, à elle seule, justifie

¹⁶⁴⁶ Résolution 217(III) du 10 décembre 1948

¹⁶⁴⁷ Résolution 2200 A (XXI). Le pacte international des droits civils et politiques se penche même particulièrement sur le sort des détenus en son article 10 :

1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.
2. a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées;
b) Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible.
3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal. »

¹⁶⁴⁸ Résolution 39/46 du 10 décembre 1984. Cette convention est entrée en vigueur le 26 juin 1987

¹⁶⁴⁹ Adoptée le 26 novembre 1987 et entrée en vigueur le 1er février 1989

¹⁶⁵⁰ La DUDH n'a pas de valeur contraignante, quant aux Pactes Internationaux de 1966 ou à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les vicissitudes de leur protection des détenus ont été précédemment évoquées. L'action à caractère purement préventif du Comité de Prévention de la torture instauré par la

leur existence : posant un cadre moral inestimable, ils sonnent comme autant de rappels et d'encouragements à un progrès sur le plan du respect du détenu et interdisent aux Etats, ne serait-ce qu'implicitement, des retours en arrière flagrants dans la marche vers un respect des Droits de l'Homme toujours plus appuyé. A force d'accumulation de ces textes, de révisions, de recoupements, ces instruments juridiques en viennent à élever progressivement le standard minimum requis dans ce respect des valeurs fondamentales concernant l'être humain.

Quant à la seconde catégorie de textes, aucun ne possède de valeur contraignante, mais ils servent régulièrement de référentiels pour les organes internationaux ou nationaux et témoignent d'un changement d'attitude dans l'attention portée à cette masse de l'ombre que constitue la population carcérale. Ils servent surtout de point de repères au gouvernement français dans sa recherche d'amélioration des conditions carcérales¹⁶⁵¹. Ainsi doit-on mentionner, au niveau onusien l'« Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus » adopté en 1949, puis la résolution 663 CXXIV du 31 juillet 1957 posant un *corpus* de règles minimales à observer dans le traitement des détenus. Quant au cadre européen, il est doté d'une pléthore de textes relatifs aux prisonniers, pour beaucoup concernant des aspects précis de la détention ou une frange particulière de la population pénale¹⁶⁵². Nous ne relèverons que le principal, généraliste eu égard au problème pénitentiaire et aux droits des détenus : les règles pénitentiaires européennes, adoptées par une Résolution (73) 5 du 19 janvier 1973 « relative à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus », puis régulièrement révisées en 1987¹⁶⁵³ et en 2006¹⁶⁵⁴.

Les enjeux et impacts de ces deux sources d'externalisation de la norme sont sensiblement différents, mais indéniables et complémentaires. La première, concrète, dépossède réellement l'institution pénitentiaire de son pouvoir créateur autarcique, même si cette dépossession reste incomplète. La seconde, précédant d'ailleurs dans le temps la première et largement mise en avant par l'institution elle-même, sert davantage d'alibi, n'ayant d'impact qu'idéologique mais ne pouvant exercer de déprise véritable de l'institution sur la norme créée. Fonctionnellement, le pouvoir créateur demeurerait de son ressort : l'institution pénitentiaire voit ainsi le dernier bastion de son passé totalitaire s'effriter.

Tout jugement porté sur cette évolution en cours doit resté prudent et mesuré. La création de la norme tourne néanmoins indéniablement le dos à un système dérogatoire pour revenir dans le schéma général de la hiérarchie des normes. Le pas est aussi important symboliquement que fonctionnellement, car il marque également le retour d'un nécessaire intérêt de la part de la société et de ses représentants politiques à ces institutions et à leur fonctionnement : leurs normes supérieures dépendent pleinement d'eux, la prise de conscience de cette nécessité est enfin actée, la reprise en main enfin obtenue, le contrôle démocratique va enfin trouver sa place normale dans un Etat de droit sur son institution carcérale. La victoire n'est ni entière, ni

Convention Européenne du même nom doit se contenter, également, de jouer sur les incitations aux changements, n'ayant aucun pouvoir répressif ou de saisine de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. (Cf. nos développements *supra* pp 268 et s. pour plus d'exhaustivité)

¹⁶⁵¹ Cette prise en compte du référentiel européen, lui-même régulièrement modifié afin d'inciter à toujours davantage de progrès de la part des Etats membres du Conseil de l'Europe, est réelle, comme en témoigne le rapport régulièrement rendu public par le ministère de la Justice quant à l'avancement de l'application des Règles pénitentiaires européennes dans les établissements pénitentiaires français. Initiative apparemment ancienne si l'on en croit les sources documentaires de Madame HERZOG-EVANS qui mentionnent un document de 1993 ; alors distribué sous forme papier, il est aujourd'hui consultable directement *via* le portail du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10045&ssrubrique=10283&article=12989>, consulté le 6/11/2009

¹⁶⁵² On peut citer, par exemple, dans le premier cas, la recommandation du Comité des Ministres R (89) 12 du 13 octobre 1989 « sur l'éducation en prison » ou celle du 30 septembre 1999 « concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation pénale » (R (99) 22), et dans le second la résolution R (84) 12 du 21 juin 1984 « concernant les détenus étrangers »

¹⁶⁵³ Recommandation R (87) 3 du 12 février 1987 sur les règles pénitentiaires européennes. C'est avec cette recommandation qu'elles prennent cette dénomination aujourd'hui courante.

¹⁶⁵⁴ Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres sur les règles pénitentiaires européennes du 11 janvier 2006

irréversible. Il s'agit en effet aussi que la société et ses représentants aient la volonté de maintenir l'exercice de cette emprise et de ce contrôle acquis.

De telles conclusions concernent au premier chef l'institution pénitentiaire. Le monde psychiatrique s'est plus rapidement intégré au système commun de droit. Pourtant, dans ce milieu non plus, toute vigilance ne doit pas être relâchée ; le respect de la hiérarchie des normes n'interdit pas la reconnaissance de dérogations, encore en vogue à un niveau réglementaire. C'est ce droit de l'ombre qu'il faut désormais traquer, alors qu'il se niche dans un système policé... et sur ce plan, les leçons de l'institution psychiatrique sont également d'actualité pour celle pénitentiaire.

L'exercice des trois pouvoirs marquant le potentiel absolutisme institutionnel est donc conservé par les deux institutions. Pourtant, les transformations internes à chacun permettent un exercice plus équilibré du pouvoir, évinçant ainsi les risques d'absolutisme et s'ouvrant sur le respect des droits des personnes enfermées et les mécanismes capables d'assurer ce respect. Ce n'est ainsi pas la structure institutionnelle qui est remise en cause par la chute du paradigme, mais bien l'organisation interne et juridique, intrinsèque au modèle dans la mesure où elle le fondait, qui est déconstruit progressivement.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

De toute évidence, les institutions fermées maintiennent des zones d'ombre dans leur fonctionnement, comme toute autre institution. La transparence ne peut jamais être intégrale et le droit n'a jamais pu organiser tous les rouages d'une institution. Une marge de jeu, permettant la souplesse du fonctionnement, la réponse la plus adaptée en opportunité, est inévitablement nécessaire, vitale ontologiquement pour tout organisme. C'est pourtant dans ces derniers replis d'opacité ou de liberté juridique, à l'intérieur de ces zones de « jeux », que peuvent se nicher les dangers de l'utilisation à mauvais escient de cette marge de liberté, dans le sens inverse de celui pour lequel elle a été octroyée. Or, entre mythe peut-être, mais aussi réalité, la crainte de l'abus retentit beaucoup plus immédiatement lorsque l'on songe à une institution fermée : l'impact de ses conséquences est généralement plus lourd dans des institutions où ce sont des êtres humains pris dans l'intégralité de leur personne, dans leurs droits et libertés les plus essentiels, qui peuvent être atteints.

Quelles que soient les solutions que l'on cherche à opposer à ces situations, on reste face à un noeud gordien : si l'on ôte toute capacité minimale d'autonomie à l'institution, elle étouffe et se paralyse immédiatement, sans compter que les décisions ne seront pas forcément mieux prises par des systèmes externalisés, ignorants des situations concrètes sur lesquelles il leur serait demandé de statuer ; si on lui laisse, le risque d'abus demeure. Il s'agit donc de trouver la juste mesure entre rejet de l'absolutisme et autonomie minimale de la structure sous un contrôle non castrateur mais suffisamment et adéquatement présent pour être efficace, afin d'aboutir à un fonctionnement optimal de la structure, respectueuse de ses pensionnaires enfermés en même temps qu'efficace dans l'accomplissement de la mission qui lui est impartie, cette efficacité ne devant, ne pouvant plus faire l'économie de ce respect parmi ses paramètres.

Sur les deux plans étudiés, contrôles comme fonctionnement interne, les systèmes évoluent mais restent à parfaire. On notera d'ailleurs que si l'institution psychiatrique paraît plus avancée que celle carcérale, c'est sans doute moins du fait de modifications du fonctionnement institutionnel concret que du fait de la révolution idéologique profonde qui a marqué le milieu psychiatrique et qui l'a amenée à intégralement retourner son comportement. Les contrôles et mécanismes de protection des droits des personnes contre l'emprise institutionnelle ne sont ni plus sûrs ni plus élaborés dans cette institution, au contraire. Certes, le cadre normatif général

est rentré plus tôt dans le système juridique commun, mais sur des exemples concrets tels que le contrôle d'une mesure comme une mise à l'isolement, elle sera amplement plus contrôlée, et de manière efficace, dans le cadre pénitentiaire que dans celui psychiatrique. Sans évoquer les mesures disciplinaires qui, sans réalité juridique à l'hôpital psychiatrique, demeurent un fantôme pour le juge administratif alors que ce type de décision appartient à son vivier de mesures contrôlées dans le cadre pénitentiaire. Mais, pour la société et son juge, la déontologie du médecin et l'humanisme soignant semblent s'ériger en garantie suffisante à opposer à ces blocages institutionnels maintenant l'opacité et le risque d'arbitraire dans l'institution. Une garantie idéologique qui n'est pas ressentie en direction de la prison.

*

* *

CONCLUSION DU TITRE II

On peut considérer que le paradigme de l'institution totale et tout ce qu'il porte de dimension totalitaire est malgré tout définitivement révolu. Les institutions nouvelles qui émergent ne sont pas exemptes de scories venant directement de ce passé imposant. Mais, profondément, les entités fermées, opaques et autarciques ne sont plus et n'ont plus lieu d'être ; et, au-delà, la société actuelle, campée sur ses fondements d'Etat de droit et de libéralisme ne peut plus cautionner des institutions aussi antinomiques à ces valeurs, sans compter celles relatives à l'idéologie des Droits de l'homme directement remises en cause par le fonctionnement institutionnel totalitaire.

Si la crainte du fou ou le rejet du délinquant n'ont pas totalement disparu des mentalités, si les notions de sécurité et de dangerosité viennent pervertir le débat et exacerber ces vieilles peurs, un positionnement humaniste par rapport à ces populations s'est installé et défend une évolution vers leur intégration dans la cité, vers le respect de leurs droits et de leurs personnes. Le système doit demeurer une prise en charge adéquate, de même qu'une assurance de la sécurité de tous au sein de la société, mais sans sacrifice des droits de ces individus. Il s'agit de préserver une juste conciliation avec des lieux de prises en charge ne bénéficiant plus d'un droit et d'un fonctionnement dérogatoires du droit commun sans garanties, de ne plus tolérer de dérogations autres que d'une nécessité mûrement réfléchie et qui soient finement ajustées aux besoins impératifs de la mission impartie à ces lieux. Ce rééquilibrage s'avère un processus long, les institutions demeurent les héritières des institutions totales et se détachent parfois difficilement de leurs prérogatives : par habitude, par facilité de fonctionnement, elles ne voient pas l'aberration que ces prérogatives et pouvoirs constituent par rapport au droit commun, aux valeurs sociétales ci-avant rappelées en regard avec leur absence de nécessité absolue. Il s'agit seulement d'espérer – et d'oeuvrer en conséquence – pour qu'il ne s'arrête pas en si bon chemin.



CONCLUSION DE PARTIE I

L'analyse du paradigme de l'institution totale dans ses répercussions actuelles appelle néanmoins une certaine subtilité et il est trop rapide de conclure à sa chute définitive. Certes, l'institution totale s'avère un « modèle » abouti qui a vécu, et qui s'efface mais sans totalement disparaître. Après l'exposé de l'objet en lui-même, dont l'histoire résume à elle-seule l'évolution de la réponse institutionnelle donnée pour gérer la privation de liberté, il s'agit de replacer cet objet d'étude dans son contexte juridique approfondi.

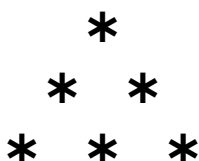
Seule une lecture fonctionnelle de l'état des lieux historico-juridique exposé en première partie peut dès lors permettre de comprendre sur quoi ouvre ce paradigme évincé et pourquoi, comment on passe du modèle de l'institution totale au concept de service public qui la suit. Elle permet de replacer l'institution totale puis le concept de service public – donc, de manière plus générale, la privation de liberté – par rapport à deux interlocuteurs essentiels : l'Etat et les pouvoirs publics d'une part, l'individu d'autre part.

Transparaît, en effet, à l'étude, une réelle interaction, historique, entre service public et institution totale, la seconde pouvant apparaître comme une simple modalité de gestion du premier. Sa chute serait ainsi un simple retour au droit commun. Une révolution pour le domaine de la privation de liberté, une révolution apparente dans la mesure où demeurent des règles particulières qui maintiennent pour partie ces institutions dans un contexte juridique d'exception. Il s'agit d'en prendre la mesure et d'étudier comment le droit du service public s'accommode de ces dérogations. Il s'agit également de souligner la nuance importante entre droit dérogatoire, qui caractérisait l'institution totale, et mesures dérogatoires émaillant le droit commun du service public telles qu'elles caractérisent le modèle en vigueur actuellement...marque caractéristique du passage du paradigme du « modèle » à celui de la « règle ».

Le basculement dans le droit commun du service public est également synonyme de revalorisation de l'individu pris en charge, le saut qualitatif sur ce plan étant important entre institution totale et droit du service public, mais ce dernier continuant lui-même d'avancer dans le sens d'un renforcement de cette prise en compte de la personne, érigée au statut d'usager et de citoyen administratif.

Il amène enfin à s'interroger sur l'évolution de la privation de liberté en elle-même, de ses modalités d'exercice et donc de son sens véritable.

L'évolution fonctionnelle des institutions privatives de liberté s'avère ainsi en réalité la manifestation d'un phénomène de plus grande ampleur, touchant à la redéfinition de ce concept si attentatoire aux libertés fondamentales qu'est la privation de liberté ainsi qu'à la place de l'individu et à la redéfinition de la citoyenneté. Faut-il donc s'étonner des importants bouleversements que connaît la matière face à ce qui apparaît bien comme une refondation des principaux pivots sociétaux ?



SECONDE PARTIE :

LECTURE FONCTIONNELLE DE L'EVOLUTION INSTITUTIONNELLE :

**LES INSTITUTIONS PRIVATIVES DE
LIBERTE FACE AUX POUVOIRS PUBLICS
ET A L'INDIVIDU**

Que l'institution totale ait été une entité autonome, un microcosme reproduisant, pour une population particulière, une société organisée parallèle, ne l'empêchait pas d'avoir un rôle au sein de la société même, en tant, précisément, qu'organe prenant en charge ces populations et leur dangerosité potentielle. La mission dont elle était investie, le statut hors pair dont elle a bénéficié, le processus de ses transformations sous-entendent dès l'origine une relation intime entre pouvoir public, société et autorités décisionnelles de ces institutions en lien direct avec les droits de l'individu et avec une certaine idée du service public déjà présent en filigrane.

Mais seule une lecture juridique approfondie, poussant les analyses au-delà de la surface historico-juridique de la première partie, permet de prendre en compte les mécanismes mis à contribution dans la mise en place et dans l'organisation de ces institutions psychiatrique et pénitentiaire, en relation avec ces deux notions fondamentales : elle fait ressortir avec évidence la continuité entre institutions totales psychiatrique et pénitentiaire et services publics du même nom (titre I). C'est encore elle qui permet de lire les rapports entre individu enfermé et institutions dans toute leur ampleur et de saisir dans son intégralité cette évolution qui s'apparente à une révolution (titre II), permettant à ces deux mondes institutionnels de quitter de manière incontestable leur caractère totalitaire.

TITRE I :

LES INSTITUTIONS PRIVATIVES DE LIBERTE PROGRESSIVEMENT SAISIES PAR LE DROIT PUBLIC :

DE L'INSTITUTION TOTALE AU SERVICE PUBLIC

La déconstruction de l'institution totale se traduit juridiquement par l'entrée du droit, et notamment du droit public, dans les institutions privatives de liberté que sont l'institution psychiatrique et celle pénitentiaire. Le changement de paradigme se signe par l'avènement du système du service public en lieu et place de l'institution totale. A y regarder de plus près, c'est en réalité moins une substitution de modèle que la destruction d'un mode de gestion particulièrement dérogatoire du service public (chapitre 1) et ainsi la réapparition, dans ses vêtements ordinaires, du service public, prenant en charge la privation de liberté dans le respect des normes propres au service public administratif....mais aménagées eu égard à l'objet particulier que s'avère être la privation de liberté (chapitre 2) .

CHAPITRE 1

L'INSTITUTION TOTALE, MODE DE GESTION NATUREL DE LA PRIVATION DE LIBERTE

Au plan fonctionnel, l'institution totale s'avère une construction institutionnelle particulièrement adaptée à la prise en charge des personnes privées de liberté, eu égard aux exigences de neutralisation et de sécession par rapport au reste de la société dont est porteuse la privation de liberté. Elle se construit donc, dans son acception juridique définitive, comme un outil au service des pouvoirs publics, en vue de gérer la privation de liberté, cette prérogative régaliennne (section II). Un outil doté des caractéristiques propres au service public, ne divergeant que sur le plan du droit appliqué. Or, la caractéristique intrinsèque à l'entité juridique « institution totale » étant, notamment, d'être dotée de son propre régime juridique, le rapprochement entre institution totale et service public ne paraît pas dénué d'intérêt ni de sens, la première se révélant simplement une forme de service public mais au droit dérogatoire (section I).

SECTION I: LES RAPPORTS ENTRE LE CONCEPT D'INSTITUTION TOTALE ET LES PREMISSES DE CELUI DE SERVICE PUBLIC

Le service public, notion née dans sa forme moderne à la fin du XIX^e siècle, a des racines anciennes. La Révolution et la réorganisation sociétale et conceptuelle qui en découle amènent néanmoins à une première ébauche de la constitution du service public moderne (I), au moment même où les premières institutions totales commencent à se construire et concernent des activités, telles la détention ou la prise en charge des aliénés, relevant du service public. Or un certain nombre des premiers éléments de définition du service public déjà évoqués à cette époque se retrouvent dans les institutions totales, amenant à s'interroger sur la qualification juridique véritable de ces institutions. N'est-on pas face à une modalité de prise en charge du service public particulièrement adaptée aux activités en cause, fondée autour de l'enfermement ? On serait alors face à un service public se distinguant des autres précisément par son caractère dérogatoire, caractère qui prendrait le pas sur les caractères communs à tout service public et masquerait ainsi, de prime abord, la nature fondamentale de service public de ces institutions (II).

I. LA PREMIERE ESQUISSE DE SERVICE PUBLIC MODERNE A LA REVOLUTION

Le concept du service « au public » d'activités et prestations, de même que l'existence d'activités propres au pouvoir souverain et permettant le fonctionnement de la société – tels que la justice, la levée d'impôt, la monnaie, la diplomatie ou l'armée – ne sont pas inconnus sous l'Ancien Régime. L'apport de la Révolution va être une conceptualisation de cette notion non explicitée antérieurement, et demeurant jusqu'alors induite dans un certain nombre de services et prestations existants, en l'impliquant dans sa philosophie naissante, celle issue des Lumières. L'expression de

« service public » prend alors un sens particulier, au-delà des précédents qu'il conserve¹⁶⁵⁵, et on assiste, ainsi que l'explique Dominique MARGAIRAZ, à un « [...] *redécoupage à l'intérieur du champ des activités sociales, propre à identifier celles, d'intérêt général, relevant de la sphère du public et, à ce titre, de principes et de modalités de gestion particuliers.* »¹⁶⁵⁶ ; la destruction de la société divisée en ordres et en corps de métier, remplacée par une société fondée sur l'individualisme et la liberté, amène à une redéfinition mais aussi à « [...] *une stricte délimitation public-privé [...]* »¹⁶⁵⁷. Avec l'avènement d'un pouvoir républicain construit sur ce terreau révolutionnaire, l'idée de solidarité apporte tout son ferment pour conforter la notion émergente de service public à sa place cruciale parmi les vecteurs de changement. La pensée révolutionnaire se construit en effet autour de trois axes fondamentaux et déterminants pour la notion moderne de service public : une « *conscience de l'intérêt général* »¹⁶⁵⁸, la recherche du Bonheur, posé en finalité et, par retournement, en « [...] *justification première [...]* »¹⁶⁵⁹ de cette nouvelle organisation de la société et la prégnance de l'égalité entre les citoyens. Il s'agit de construire une société qui fasse corps, dans laquelle les citoyens trouvent une place au niveau du pouvoir même, alors que l'individu émerge également en tant qu'entité propre et à respecter. C'est bien l'association politique généralisée que l'on cherche ainsi à construire appuyée sur un « *lien social rénové* »¹⁶⁶⁰. Dès lors, comme l'explique Monsieur MESTRE, c'est « [...] *une véritable mystique [...]* »¹⁶⁶¹ qui anime les Constituants, persuadés qu'ils sont que « [...] *l'Etat régénéré devait se mettre au service du « bonheur de tous »* »¹⁶⁶², tandis que, pour ce faire, le citoyen devait lui-même participer, par son implication dans le « [...] « *service public* » auquel il était appelé par la loi, dans l'intérêt général. »¹⁶⁶³. Dans ce cadre, le service public doit rendre service à chacun dans l'intérêt de tous. Les Constituants opposent le « service public » au « *service particulier* »¹⁶⁶⁴, le premier qui intéresserait « [...] *la société entière [...]* »¹⁶⁶⁵, contrairement au second qui serait réservé à un individu pour son compte personnel. Une distinction qu'il ne faut pas confondre avec l'éventuel caractère indirect du service public, qui peut se dessiner derrière un service direct rendu à un individu particulier¹⁶⁶⁶ ; la preuve, pour Jean-Louis MESTRE, d'une réelle conceptualisation de la notion de service public dès cette époque¹⁶⁶⁷.

La formalisation moderne de cette notion s'inscrit en réalité dans « [...] *la conception de l'Etat, de ses actes et de ses actions, telle que la pensée révolutionnaire la développait alors* », une conception « [...] *indissolublement liée à l'avènement de la Nation, de son unité et de son*

¹⁶⁵⁵ En effet, la rupture révolutionnaire n'est pas une cassure nette : la polysémie du terme « service public » se maintient et l'expression est employée, en parallèle de ce nouveau sens, dans des sens qui avaient cours dans la période antérieure. Mais c'est la création de cette nouvelle signification qui est importante ici.

¹⁶⁵⁶ D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, juil.-sept. 2005, n° 52-3, p. 19

¹⁶⁵⁷ *Idem*, p. 19

¹⁶⁵⁸ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 2e éd. 2007, p. 37

¹⁶⁵⁹ *Idem*, p. 40

¹⁶⁶⁰ *Idem*, p. 39

¹⁶⁶¹ J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE* 1988, n° 40, p. 208

¹⁶⁶² *Idem*, p. 208

¹⁶⁶³ *Idem*, p. 208

¹⁶⁶⁴ *Idem*, p. 197

¹⁶⁶⁵ Article 2 d'un projet de décret élaboré par le Comité des pensions ayant abouti au décret définitif du 3 août 1790 sur le sujet (cité par J.-L. MESTRE dans « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 197)

¹⁶⁶⁶ C'est ce qu'indique l'article 2 du projet de décret général sur les pensions, projet adopté le 31 juillet 1790 et intégré dans le décret définitif voté le 3 août 1790 : « *Les services qu'il convient à l'Etat de récompenser sont ceux qui intéressent la société entière. Les services qu'un individu rend à un autre individu ne peuvent être rangés dans cette classe, qu'autant qu'ils sont accompagnés de circonstances qui en font réfléchir l'effet sur tout le corps social.* » (Archives Parlementaires, t. 17, pp. 572-577, cité par J.-L. MESTRE dans « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 197)

¹⁶⁶⁷ J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 198

indivisibilité, [et qui] apparaît ainsi peu à peu « centrée » sur l'existence et l'exigence du service public. »¹⁶⁶⁸. Plus loin même, il faut lire derrière l'axiome de la souveraineté nationale, « [...] source unique et nécessaire du pouvoir des gouvernants [...] »¹⁶⁶⁹, la contrepartie nécessaire du but univoque de leurs actions et décisions, celui du « service de la collectivité nationale »¹⁶⁷⁰. Ce qui amène les Professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT à voir se dessiner « [...] une nouvelle théorie de l'Etat en vertu de laquelle « le service public est à la fois le fondement et la limite du pouvoir des gouvernants. » »¹⁶⁷¹, celle même que l'on retrouvera sous la plume de DUGUIT cent trente ans plus tard¹⁶⁷². La conception actuelle du service public trouve déjà ses deux appuis idéologiques : d'une part la recherche de la cohésion sociale, « l'affermissement du lien social »¹⁶⁷³, et d'autre part « le développement de l'individu, nouveau sujet de droits »¹⁶⁷⁴ à part entière. Dès cette époque le service public moderne se doit de concilier ces deux pôles apparaissant antinomiques aux périodes antérieures, par la prise en charge d'activités centrales permettant fonctionnement de la société et construction nationale par assouvissement des besoins premiers individuels, par une réponse collective affirmatrice et attentionnée à l'égard de l'individu.

Ainsi, Jean-Louis MESTRE discerne quatre « significations » données à l'expression « service public » à l'époque révolutionnaire, d'importance d'usage inégale ; trois renvoient à la notion matérielle, la dernière à la notion organique pouvant être comprise derrière l'expression « service public ». Les deux premières sont les deux faces d'une même signification, l'une abordant la notion du point de vue de l'individu tandis que l'autre renvoie à l'activité « [...] en elle-même, au lieu d'être rattachée à la personne qui l'exerce. »¹⁶⁷⁵. Le service public renvoie en effet souvent, au cours des débats parlementaires de l'Assemblée nationale constituante, d'une part à « la tâche [ou] l'activité d'un citoyen au service de l'Etat »¹⁶⁷⁶, tâche effectuée par un individu dans l'intérêt de l'Etat et de la communauté, qu'il s'agisse du service citoyen de juré en justice, de celui du service armé ou de tout service d'un officier d'administration¹⁶⁷⁷, d'autre part à des tâches « destinée[s] à l'utilité générale »¹⁶⁷⁸. Une troisième acception matérielle du terme apparaît également, quoique plus rarement, dans ces débats : celle « [...] d'« un secours », d'une aide, d'une prestation »¹⁶⁷⁹ apporté à certains citoyens dans le besoin, alors même que le fruit de leur travail enrichit la Nation,

¹⁶⁶⁸ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 38

¹⁶⁶⁹ *Idem*, p. 39

¹⁶⁷⁰ *Idem*, p. 39

¹⁶⁷¹ *Idem*, p. 39 citant J. CHEVALLIER, « Regard sur une évolution », dans *Le service public, unité et diversité, AJDA numéro spécial*, 1997, p. 11

¹⁶⁷² Léon DUGUIT, dans le cadre de sa nouvelle théorie de l'Etat, érige le service public en notion fondatrice du droit administratif. Il en fait la pierre d'angle de son système, -qui renie à l'Etat un statut de puissance absolue au profit du « droit objectif » et de la société-, le service public permettant d'instaurer la subordination de l'Etat à ce droit. En effet, dans le cadre de cette théorie, le droit objectif recouvre les normes juridiques engendrées par la société pour ses besoins vitaux, « [...] de son existence et de son développement [...] » (G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, p. 64), qu'il s'agisse des besoins issus de la vie collective ou de ceux permettant existence et développement d'une vie sociale. Ainsi que l'exprime Evelyne PISIER-KOUCHNER dans sa thèse, « Duguit maintiendrait un contact « absolu » entre droit et société, contact dont est exclu l'Etat » (E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, p. 151). Or la cheville ouvrière de ce droit s'avère le service public, composé de toutes ces activités d'intérêt général indispensables pour cette vie collective et se définissant à partir de la notion de solidarité -ou interdépendance- sociale. Le rôle et le pouvoir des gouvernants, qui demeurent de simples individus dans une société composée d'individus, ne tirent leur légitimité que de leur participation à la réalisation de ces objectifs (c'est en ce sens que le service public « [...] est à la fois le fondement et la limite du pouvoir des gouvernants » (G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, p. 64)), et restent soumis aux limites définies par la société.

¹⁶⁷³ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 38

¹⁶⁷⁴ *Idem* p. 38

¹⁶⁷⁵ J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 190

¹⁶⁷⁶ *Idem*, p. 189

¹⁶⁷⁷ Cf. également D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public » *op. cit.*, 2005, pp. 12-13

¹⁶⁷⁸ J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 190

¹⁶⁷⁹ *Idem*, p. 192

notamment intellectuellement et artistiquement.¹⁶⁸⁰ Un prolongement se retrouve par la suite également dans la création ou la reprise en charge d'institutions de bienfaisance, d'assistance et d'instruction par l'Etat lui-même. Les secours publics se tournent alors davantage vers les pauvres valides ou malades, les infirmes, les enfants abandonnés, toute la frange de population qui appelle le plus évidemment à la solidarité et au soutien matériel. Une dernière signification, plus marginale, renvoie à la notion organique du service public, ce qui fait clairement apparaître une liaison entre des activités données et un mode d'organisation fonctionnelle particulier propre à ces activités participant à l'intérêt commun ou à la cohésion sociale et devant être pris en charge par la Nation. Ainsi que le fait remarquer Dominique MARGAIRAZ, le même concept et le même vocable rassemblent déjà à cette époque « [...] *les deux niveaux de réalité, matériel et organique.* [...] »¹⁶⁸¹.

Derrière ces propositions, on peut déjà entrevoir l'esquisse des trois critères qui, au XXe siècle, serviront de faisceau d'indices pour définir la notion de service public, preuve s'il en est d'une véritable continuité conceptuelle entre cette ébauche révolutionnaire et la notion moderne de service public : l'intérêt général en tant que motivation de la mise en place d'un service public (A), le rattachement à une personne publique (B) et un régime juridique exorbitant du droit commun pour régir cette entité (C)¹⁶⁸².

A · L'INTERET GENERAL, MOTEUR ET BUT DE L'ACTION DES SERVICES PUBLICS

L'importance de l'intérêt général a déjà été évoquée à plusieurs reprises comme véritable colonne vertébrale du service public tel que défini dans la société en cours de construction. Les premiers débats de l'Assemblée nationale constituante, dès 1789, laissent transparaître une « *conscience de l'intérêt général* » et cette volonté de l'ériger en axe fondateur du nouveau paradigme d'organisation sociétale. Erigé en notion juridique à part entière, il devient en conséquence de manière affichée « [...] *la mission des gouvernants et la justification des pouvoirs dont ils disposent* »¹⁶⁸³, la Révolution mettant fin à une confusion des intérêts étatiques avec ceux de la personne du Roi, et donc à un service public construit pour servir cette dernière autant que l'Etat.

Les auteurs du rapport public du Conseil d'Etat de 1999, portant sur l'intérêt général, relèvent le caractère de rupture qu'a constitué, à la Révolution Française, le passage du « bien commun » à « l'intérêt général » car, selon eux, il ne s'est pas agi simplement de laïciser la notion de bien commun, mais bien de changer de conception du pouvoir. L'intérêt général devient une notion volontariste, son sens est créé par la Nation elle-même, il est oeuvre de la Raison et non plus une

¹⁶⁸⁰ Cf. J.-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, pp. 192- 193

¹⁶⁸¹ D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public » *op. cit.*, 2005, p. 20

¹⁶⁸² Nous choisissons ici une définition ternaire du service public, la plus courante dans les exposés doctrinaux (P. ESPLUGAS, *Le service public*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2e éd., 2002, pp. 15-19 ; J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, Paris, Armand Colin/Dalloz, coll. « U », 2e éd. 2000, pp. 15-43 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4e. éd., 2001, pp. 41-55). René CHAPUS, comme Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT dans leur ouvrage collectif, optent pour une définition binaire, reposant d'une part sur le rattachement à une personne publique et d'autre part sur l'élément fonctionnel, le but d'intérêt général. C'est effectivement vers cette définition que semble tendre la jurisprudence, en dernier lieu avec l'arrêt du Conseil d'Etat « *APREI* » du 22 février 2007. Et dans tous les cas, la jurisprudence a précisé depuis plusieurs décennies que la reconnaissance de prérogatives de puissance publique n'est en rien une nécessité pour reconnaître un organisme en tant que chargé d'un service public. Nous avons pourtant préféré la définition ternaire dans la mesure où elle nous donnait d'autant plus d'armes pour démontrer le caractère de service public des institutions étudiées, puisqu'elle nous offre un critère de plus. Il ne s'agit pas là de considérer les services publics ne répondant qu'à la définition binaire comme des services publics au rabais, nous ne sommes pas dans une logique comparatiste, mais de souligner la volonté particulièrement marquée du législateur et de l'administration à considérer, tout implicitement, ces institutions comme des services publics.

¹⁶⁸³ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, p. 38

prise d'acte et une poursuite « [...] *des fins déjà inscrites dans une nature créée par Dieu* »¹⁶⁸⁴. « Avec le renversement de la monarchie, s'affirme la conviction que le pouvoir et les valeurs morales ne sont pas fondés sur des principes extérieurs à la société » expliquent encore les auteurs du rapport¹⁶⁸⁵. C'est en effet de la volonté générale, abstraction opérée d'une réalité sociale qu'est la Nation, qu'émane cet intérêt. Le basculement est donc double : l'intérêt général doit refléter les besoins de tous, ramenés à une voix unique et cohérente par la création de la notion de volonté générale. C'est le peuple dans son ensemble, figuré par la Nation, qui devient souverain, c'est lui comme entité une et indivisible, abstraction faite des intérêts particuliers, qui préside aux choix de société. Mais, volontariste, il en est aussi fluctuant. Ainsi que l'exprime Michel BORGETTO, et replacé dans la problématique du service public, c'est « [...] *la conception que l'on se fait à un moment donné des besoins de la société, de ses lacunes et de ses aspirations ou encore de la conception que l'on se fait, à une certaine époque, de l'intérêt général ou du bien collectif* [...] »¹⁶⁸⁶ que reflète l'élévation d'une activité en service public.

L'intérêt général vise donc désormais le bien de la Nation, de la collectivité. Il est, par excellence, le « *service du « bien commun* » », « de l'utilité commune » ou, dans un vocabulaire plus moderne de l'« intérêt public » ou « général »¹⁶⁸⁷. Les activités régaliennes se retrouvent *de facto* dans sa sphère d'influence, étant par nature des activités permettant le fonctionnement correct de la société, régissant ses missions fondamentales que sont justice, police, monnaie, diplomatie, armée. Mais il s'étend, à partir de cette période, à la prise en charge de domaines touchant davantage au secteur social, à l'assistance des plus faibles et des plus démunis¹⁶⁸⁸. Une adjonction représentative de ce que veut être la nouvelle société moderne, fondée sur la cohésion sociale au sein de la Nation, mais également, dans une société assise sur la Philosophie des Lumières, sur l'éducation qui doit se banaliser. Or l'application pratique de ces prises en charge passe par la création de services publics adéquats, reprenant des segments d'activité autrefois plutôt rattachés à l'Eglise au nom de la Charité ou simplement ignorés.

Doctrinalement, l'historienne Dominique MARGAIRAZ relève trois grandes dynamiques permettant d'identifier ces « [...] *activités vouées, au regard de leur nature ou de leurs finalités, à être soustraites au libre jeu des intérêts privés et au régime de la libre entreprise* [...] » tels que nouvellement énoncés par les Assemblées nationales Constituante puis Législative¹⁶⁸⁹ : en premier lieu, la dynamique s'inscrivant dans la continuité de « [...] *la monarchie administrative* [...] »¹⁶⁹⁰ et de ses logiques de développement ; en second lieu, celle issue de la mise en oeuvre des nouveaux principes de liberté économique ; en troisième lieu, celle issue de la conjugaison entre « [...] *nouvelles données juridico-économiques et [...] exigences spécifiques des activités de réseaux*. »¹⁶⁹¹. C'est à un tri entre les activités devant relever du service public que les assemblées révolutionnaires doivent procéder, afin de mettre le fonctionnement de la société en adéquation avec les grands principes républicains issus de la Révolution, tout en répondant aux besoins fondamentaux de cette organisation sociale.

B · LE RATTACHEMENT A UNE PERSONNE PUBLIQUE

La marque de la constitution d'un Etat transparait en premier lieu dans la détention par lui

¹⁶⁸⁴ CONSEIL D'ETAT, *L'intérêt général. Rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, EDCE n° 50, 1999, p. 251

¹⁶⁸⁵ *Idem*, p. 252

¹⁶⁸⁶ M. BORGETTO, « Secours publics et service public », dans G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire du service public*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2004, p. 38

¹⁶⁸⁷ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 38

¹⁶⁸⁸ Cf. M. BORGETTO, « Secours publics et service public », *op. cit.*, 2004, pp. 37 et s.

¹⁶⁸⁹ D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, 2005, p. 21

¹⁶⁹⁰ *Idem*, p. 21

¹⁶⁹¹ D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, 2005, p. 21

des activités régaliennes. Et il ressort nettement de l'étude de Jean-Louis MESTRE que, dans ces premiers temps de l'existence et la mise en forme du service public moderne, le rattachement est nécessairement étatique. Dominique MARGAIRAZ, indiquant que les schémas organisationnels proposés en réponse reposent à chaque fois sur l'Etat, « [...] ignor[a]nt presque totalement l'initiative des collectivités locales. »¹⁶⁹², amène à la même conclusion. Le renvoi à cette personne publique suprême appartient même à la définition du service public, à la justification de l'organisation de ce mode de gestion pour l'activité en cause : il apparaît nécessaire que ce soit l'Etat, ce représentant de la Nation, qui prenne en charge le domaine en cause. Le commissaire du Gouvernement DAVID glissera cette exigence plus tard dans ses conclusions devant le Tribunal des Conflits sur l'affaire BLANCO : « [...] *Le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics, est, non pas volontaire, mais obligatoire.* [...] »¹⁶⁹³. Et c'est bien à l'Etat que renvoie l'Assemblée nationale constituante dans le décret général sur les pensions, particulièrement révélateur, dans la formulation de son article 2, de ce qu'est un service public. De même, les nouveaux champs que cette Assemblée décide de placer dans les activités d'intérêt général que sont celles rattachées aux secours publics passent « [...] *entièrement à la charge de l'Etat et de ses démembrements* [...] »¹⁶⁹⁴ si l'on en croit Jean-Louis MESTRE.

Il transparait nettement que le rattachement de l'activité à une personne publique est un élément incontournable de la définition du service public dès cette époque, ce qui semble de la pure logique : placer ces activités sous cette appellation sous-entendait nécessairement volonté d'instaurer un régime particulier, différent de l'antérieur, impliquant la collectivité et exigeant nécessairement au moins son contrôle sur la gestion du service rendu en son nom. A partir de cette rupture révolutionnaire et dans les années qui vont suivre, « [p]lusieurs dynamiques [...] » vont amener à l'identification d'activités « [...] *vouées, au regard de leur nature ou de leurs finalités, à être soustraites au libre jeu des intérêts privés et au régime de la libre entreprise découlant des principes et des décisions adoptées sous la Constituante et la Législative* »¹⁶⁹⁵. En outre, malgré l'hégémonie étatique dans ce domaine, des activités départementales et municipales pouvant être considérées comme de véritables services publics semblent bien exister également si l'on tire les conclusions d'une remarques du tribun COSTAZ, à propos des finances nationales évoquant ces deux niveaux d'administrations à côté de celui étatique¹⁶⁹⁶. Dans tous les cas, c'est bien à une personne publique qu'il est fait référence.

C · UN REGIME JURIDIQUE S'ELOIGNANT DES REGLES DU DROIT COMMUN

Ces services publics se caractérisent par une ébauche de régime particulier, des « *traits caractéristiques* »¹⁶⁹⁷ ainsi que les qualifie le Professeur MESTRE, qui ne sont autres que des exigences d'égalité et de continuité, deux des principes fondamentaux qui constitueront, plus tard, les lois de ROLLAND. Des règles qui peuvent apparaître consubstantielles à la nature des activités devenues des services publics.

L'égalité, on l'a dit, connaît un avènement particulier avec la Révolution et la DDHC et prend une place cruciale au sein de la société en cours d'organisation. Elle transparait de deux manières dans le service public : d'une part en laissant une admissibilité égale à toute personne aux emplois

¹⁶⁹² D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, 2005, p. 21

¹⁶⁹³ Conclusions du Commissaire du Gouvernement DAVID sur Tr. Cflits, 8/2/1873 « BLANCO », *Sirey* 1873, 2, pp. 153 et s.

¹⁶⁹⁴ J-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 208

¹⁶⁹⁵ D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, 2005, p. 21

¹⁶⁹⁶ Analyse tirée de J-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, pp. 203-204

¹⁶⁹⁷ J-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *op. cit.*, 1988, p. 198

publics¹⁶⁹⁸ et une égalité de conditions entre les personnes occupant les mêmes fonctions ; d'autre part, de l'autre côté du miroir, les bénéficiaires du service doivent être traités de manière identique. Une altération du principe doit être relevée, celle de l'exclusion des citoyens passifs d'un certain nombre de fonctions publiques réservées aux citoyens actifs, comme de toutes les fonctions réservées aux seules personnes reconnues éligibles par des lois ; néanmoins, Monsieur MESTRE explique que cette anicroche ne remet pas en cause le principe d'égalité dans la mesure où elle est bien considérée comme une exception à la règle générale, ou, plus exactement, « [...] *un aménagement de l'application de ce principe* ». D'ailleurs, toutes les fonctions dans le cadre de services publics ne connaissent pas ce même évincement des citoyens passifs ; ainsi, les services périlleux tels que l'armée ou la marine militaire sont ouverts à tout volontaire, quel que soit son statut citoyen.

Quant à la « continuation », elle se manifeste très tôt – héritière d'une inquiétude déjà existante et réglée du temps des banalités féodales – amenant à l'adoption d'obligations pour les fonctionnaires afin de prévenir une rupture dans la continuité du service. Les premières obligations de résidence, les retenues sur salaires en rétorsion d'« absences sans congé » et autres obligations de justifications en cas d'empêchement, y compris en matière de devoirs civiques pour des fonctions citoyennes comme celle de juré, sont énoncées dès 1790. Il en va de même pour des fonctions d'administrateurs municipaux : la primeur donnée à l'intérêt de la collectivité sur toute considération personnelle se traduit par la continuité de ce service public qu'est « *la gestion des affaires publiques* » et ainsi, même lorsqu'ils ont été élus contre leur gré – ce qui semble ne pas être exceptionnel eu égard à la lourdeur et au relatif péril dans lequel peuvent placer ces fonctions d'après Monsieur MESTRE –, ils doivent prêter serment comme tout administrateur placé à ce poste de plein gré et ne peuvent quitter ces fonctions tant que la juridiction saisie ne s'est pas prononcée sur la validité de leur élection qu'ils contestent. De même, référence est faite dès cette époque aux « *besoins du service* » posant des exigences en terme de fonctionnement correct de ce dernier.

Mais il faut rajouter à ces principes l'exercice de privilèges, les prérogatives de puissance publique, reconnus à ces « services » et caractéristiques de leur statut par rapport à toute autre activité. Monopole, possibilité d'expropriation etc. Selon la nature de l'activité en cause, les privilèges et sujétions sont variés mais rejoignent ceux que l'on peut connaître actuellement. Or l'utilisation de tels procédés dérogatoires au droit commun pour exercer une activité est reconnue aujourd'hui comme un indice signalant un service public. Cela participe des avantages que confère l'exercice de la puissance publique à des administrations ou personnes visant à atteindre un but d'intérêt général, seul intérêt qui peut s'octroyer dans tous les cas légitimement et de manière juridiquement acceptable une prédominance sur les intérêts privés. Or ces prérogatives, déjà existantes en tant que privilèges octroyés au détenteur d'une activité d'intérêt public pour le bon fonctionnement de celle-ci à la fin de l'Ancien Régime, ne font que se maintenir dans leur rôle après la Révolution¹⁶⁹⁹.

Le concept de service public commence ainsi à s'élaborer à la période même où va commencer à se former le modèle de l'institution totale. Dans une société qui se réorganise en profondeur, face à des missions imparties aux institutions étudiées qui rejoignent le giron des pouvoirs publics, c'est en réalité une superposition conceptuelle du modèle de l'institution totale sur le paradigme naissant du service public qui se dessine dans ces deux domaines particuliers que sont la psychiatrie et la prison.

¹⁶⁹⁸ Article 6 de la DDHC

¹⁶⁹⁹ Cf. par exemple l'organisation du service des postes et celui des messageries à travers l'Etat royal français puis ce qu'il devient après la Révolution, qui possèdent des prérogatives de protection telles que un monopole et une interdiction de saisie du matériel et des chevaux servant à l'exercice de l'activité « [...] *dans aucun cas et sous aucun prétexte que ce soit* » (cf. D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, p. 16 et pp. 21-24 et citation p. 22) ou encore le fonctionnement de l'administration des Ponts et Chaussées sous l'Ancien Régime, n'hésitant pas à exproprier des terrains en vue de l'amélioration du réseau routier (cf. D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public », *op. cit.*, p.14)

II. L'INSTITUTION TOTALE, UNE MODALITE DE GESTION D'UN SERVICE PUBLIC MATINEE D'EXORBITANCES AU DROIT COMMUN (1792-1945)

La description propre au service public présentée ci-avant ne semble ainsi pas étrangère aux deux institutions devenant entités totalitaires, étudiées ici, chez lesquelles on peut distinguer, dès l'origine une forme de service public correspondant à la notion actuelle de cette construction des institutions totales pénitentiaire et asilaire. Peuvent être ressortis les trois critères de définition du service public, qui, sans faire d'anachronismes, comme on l'a démontré précédemment, peuvent très tôt signaler l'existence d'un service public : une mission d'intérêt général au fondement de l'institution (A), un rattachement à une personne publique (B) et un régime de droit dérogatoire au droit commun (C).

A · DES MISSIONS D'INTERET GENERAL

Dès l'instauration de la prison comme peine principale du Code pénal et la mise en place de l'institution propre à remplir cette nouvelle mission d'envergure, le caractère public et la dévolution de la charge aux pouvoirs publics s'est affirmée sans discussion. Un intérêt général évident préside à au moins deux des missions confiées à l'institution pénitentiaire, les deux missions qui, quelles que soient les doctrines successives ayant cours par la suite autour du sens de la peine de prison, se maintiennent intangiblement. La première est celle de sécurité publique. Ainsi que l'explique Eric PECHILLON, la « *vocation préventive* »¹⁷⁰⁰ constitue autant cette mission d'intérêt général que l'« *intimidation* »¹⁷⁰¹ qu'elle doit inspirer aux éventuels candidats à la délinquance : dans les deux cas, c'est bien, au final, au maintien de la sécurité publique que ces deux dimensions de la peine de prison participent. La seconde, d'accueil des prévenus dans le cadre des procédures judiciaires en cours, met l'institution pénitentiaire en position de véritable auxiliaire à l'institution judiciaire.

De même, c'est l'intérêt général qui justifie la démarche engagée sous la Restauration envers les aliénés et aboutissant à la loi de 1838. Présent et régulièrement invoqué dans les débats parlementaires sur le projet de cette loi, cet intérêt général se divise en deux motivations : d'une part celle de sécurité, encore invoquée sous le concept de « *mesure[...] de sûreté publique* »¹⁷⁰², de mission de police dans le cadre du maintien de l'ordre public, de la tranquillité et de la sécurité des citoyens, d'autre part celle d'assistance aux aliénés, notamment aux indigents, restant sur ce point dans la logique de secours publics impulsée dès 1770 et renforcée à la Révolution : ce soutien matériel devient une véritable charge sociale pour les pouvoirs publics, un devoir de la société envers l'individu démuné imposant même une véritable obligation de prise en charge de ces personnes¹⁷⁰³.

B · LE RATTACHEMENT A UNE PERSONNE PUBLIQUE

Là encore, dès l'instauration de la prison comme peine pivot du Code pénal et dans la continuité de la fin de l'Ancien Régime, les prisons sont du ressort des pouvoirs publics. Si le XIXe siècle paraît un siècle d'atermolement quant à la personne tutelle de ces établissements – chaque

¹⁷⁰⁰ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, *op. cit.*, 1998, p. 49

¹⁷⁰¹ *Idem*, p. 49

¹⁷⁰² Débats parlementaires sur la loi du 30 juin 1838, Débats parlementaires sur la loi du 30 juin 1838, séance du 6 janvier 1837, Chambre des députés, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1972, Tome I, p.18

¹⁷⁰³ Cf. à ce sujet, les débats, notamment à la Chambre des députés, séance du 18 mars 1838, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1972, Tome I, p. 37

type de prisons pouvant avoir la sienne –, ce n'est que passe d'armes entre municipalités, départements et Etat ; la tutelle reste toujours publique¹⁷⁰⁴.

Quant à l'institution asilaire, la loi de 1838 prévoit explicitement son rattachement nécessaire, naturel ou conventionnel, aux départements. Les établissements publics sont en effet financés par eux ; mais l'offre de soins est complétée par la participation d'établissements privés à cette mission d'intérêt général qu'est la prise en charge des aliénés. Dans ce cadre, des conventions sont passées entre les départements et ces établissements afin d'assurer un service respectant les normes du service public de qualité créé par la loi de 1838 pour les aliénés les plus démunis. Un système qui paraît annoncer celui généralisé légalement à tout le service public hospitalier à partir de la loi du 31 décembre 1970¹⁷⁰⁵.

C · UN REGIME JURIDIQUE DEROGATOIRE DU DROIT COMMUN, ... PARTICULIEREMENT EXORBITANT

Le droit applicable en prison repose sur ses propres règles et ses propres logiques, centrées sur la sécurité et la discipline, ainsi que sur les règles de vie en collectivité, créant à la base un système plus contraignant et bien différent de la vie en liberté. Dès l'origine, l'institution carcérale tend donc à créer son propre système de règles juridiques, qui ne tendra qu'à s'amplifier, dans son autonomie et son exorbitance par rapport au droit commun à mesure que l'institution se construit dans son totalitarisme et se referme sur son autarcie. En effet, en premier lieu, l'institution carcérale est soumise aux droits public et administratif à mesure que ces derniers prennent forme et s'affermissent. Ainsi, son personnel est encadré par des règles propres à l'institution, – sans que l'on puisse parler au départ de droit de la fonction publique, ce dernier ne commençant à s'ébaucher qu'avec la IIIe République¹⁷⁰⁶ – : rémunéré par traitement de l'Etat, il est soumis à des règles pouvant prendre, dès 1822 dans le cas des gardiens de maisons centrales, la forme d'un vrai statut, très contraignant¹⁷⁰⁷. Les personnels de prisons départementales voient pour leur part leurs obligations et attributions fixées par le « Règlement général pour les prisons départementales » du 30 octobre 1841¹⁷⁰⁸, un véritable « fourre-tout » établissant l'ensemble des règles de fonctionnement de ces établissements. Dans tous les cas, Christian CARLIER considère tout ce personnel fonctionnarisé à partir de la fin du Second Empire.

En second lieu, alors que libertés et droits de l'individu servent de terreau principal de base dans le droit commun, le droit pénitentiaire retourne le paradigme, appuie son système juridique sur la contrainte et l'interdiction de principe. Les règles dérogatoires ne servent plus seulement à donner une prépondérance à l'administration et aux pouvoirs publics derrière lui, comme c'est le cas pour le droit du service public et le droit administratif en général, tels qu'on les voit se construire au XIXe et au XXe siècles ; il s'agit aussi ici d'assujettir voire de mater l'individu et de garantir une mission supérieure aux intérêts individuels des personnes emprisonnées, impliquant des règles toutes particulières, permettant une emprise sur la personne, son corps, ses libertés et droits : celle de la sécurité publique.

Dans le cadre de l'institution asilaire, là encore, très tôt dans la création du paradigme a été recherchée la création d'une micro-société parallèle à celle « normale ». L'un de ses premiers piliers s'avère donc un système juridique, en adéquation avec l'objectif profond de ce microcosme. C'était tout l'avantage de configurer un nouveau paradigme que de pouvoir lui fixer ses règles

¹⁷⁰⁴ Cf. détails pp. 374 et s.

¹⁷⁰⁵ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 « portant réforme hospitalière »

¹⁷⁰⁶ Cf. F. MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, coll. « Corpus Droit public », 2005, p. 6

¹⁷⁰⁷ La situation des directeurs de prisons est plus aléatoire, en tout cas plus tardivement transcrite dans un texte réglementaire (source : Ch. CARLIER, *Histoire du personnel des prisons françaises du XVIIIe siècle à nos jours*, Ivry-sur-Seine, Editions de l'Atelier, coll. « Champs pénitentiaires », 1997, pp. 80, 114-115 et 119)

¹⁷⁰⁸ Cf. *Code des Prisons*, tome I, pp. 339-359

organisationnelles, sans limites, sans principes-butoir venant troubler ce grand ordonnancement voué à la médecine asilaire. Aux curieux qui auraient souhaité comprendre l'instauration de cette zone hors du droit commun et s'assurer de sa légitimité – cette institution étant créée, à la base, par le droit sociétal et ayant son rôle dans cette société commune, elle appartient au système sociétal et est cautionnée par lui ; le droit de regard des membres de cette société-mère est donc légitime – c'est la justification du soin et de la nécessité de maîtrise d'individus éventuellement violents ou dangereux du fait de leur maladie qui est avancée. Elle ouvre aux aliénistes le champ de mesures dérogatoires portant atteintes aux libertés individuelles de ces personnes malades, une confiance dans leur expertise et donc dans l'évaluation des mesures à prendre en réponse à l'état de ces aliénés. Autant de pouvoirs laissés à ces médecins qui sonnent comme autant d'ascendants pris sur les droits et libertés des individus enfermés *a contrario* de toute l'idéologie humaniste issue de 1789.

Par ailleurs, se retrouvent aussi dans ce cadre juridique des règles visant à organiser les droits et devoirs des employés ainsi que des autres personnels, médecins-chef notamment ; ébauche de statut pour ces travailleurs, propre là encore, à ce type d'institution sanitaire : il ne s'agit pas d'un statut par établissement mais bien de règles inscrites dans le règlement modèle de 1857 et valables pour tous les asiles psychiatriques départementaux et les quartiers d'hospices consacrés à cette mission. Ces règles sont complétées, si l'on en croit Monsieur PREVAULT¹⁷⁰⁹, pour les « employés » – soit principalement les infirmiers, les médecins n'étant pas inclus dans cette catégorie de personnel –, en vue de former une réglementation cohérente et « draconienne »¹⁷¹⁰, revenant à un véritable internement de ce personnel subalterne. Cette réglementation aurait duré jusqu'à l'édiction d'un nouveau statut, plus respectueux du droit des travailleurs et de la vie personnelle de ces personnels, en 1936¹⁷¹¹.

Quant aux principes caractéristiques des services publics, si la « continuation » trouve de toute évidence application dans des institutions qui doivent fonctionner vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept avec la même régularité, le principe d'égalité n'est, pour sa part, pas respecté : on a évoqué les disparités de traitement en prison en fonction de la fortune de la personne, notamment, que ce soit institutionnellement pour les prévenus avec le régime de la « pistole » et ses corollaires et termes de conditions de vie améliorées ou, en marge de la légalité, avec la corruption des geôliers voire les trafics entre détenus¹⁷¹². Même au sein des maisons centrales, l'égalité de traitement entre détenus est écartée au profit de l'instauration d'un régime de faveurs, drainant un climat délétère, de concurrence, de désirs et de tentations refoulées, climat que l'on veut impropre à l'organisation de « mauvais coups » et de tentatives d'évasion entre détenus.

Dans le cadre psychiatrique, l'inégalité de traitement est officiellement institutionnalisée¹⁷¹³ par les règlements intérieurs d'application de la loi de 1838 et se décline dans tous les domaines de la vie de l'asile : depuis les soins jusque, surtout, dans la vie quotidienne, rappelons la différence marquée entre les « pensionnaires », qui paient leur prise en charge -il faut entendre par là qu'ils sont dotés de famille acceptant de verser une pension-, et les autres, le « commun », ceux qui n'ont pas les moyens de subvenir à cette cure ou qui ne peuvent payer qu'une somme trop modique par rapport au coût de revient de leur internement. La pension ouvre droit, en général, à un repas de meilleure qualité et plus abondant et à une chambre – individuelle pour les pensions les plus élevées, collective pour les autres –, ce qui leur évite un couchage en dortoir. Bien évidemment, les différences de classes sociales se répercutent dans cette différence de moyens financiers, qui ne sont pas effacées par l'entrée à l'asile. Pour les plus riches, le travail est remplacé par des divertissements, ou en tout cas par les tâches les moins laborieuses et pénibles : assumant leur prise

¹⁷⁰⁹ J. PREVAULT, *L'internement administratif des aliénés*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 201-203

¹⁷¹⁰ *Idem* p. 202

¹⁷¹¹ Statut type du 13 novembre 1936 ou loi du 21 décembre 1941 pour les quartiers de psychiatrie dans les hospices. Notons, à la suite de Jacques PREVAULT, que ce changement de statut coïncide avec la période du Front populaire et de toute cette révolution sociale ouvrant un certain nombre d'avancées en matière de droits et de respect des salariés.

¹⁷¹² Cf. explications de la « pistole », p. 131, note 332

¹⁷¹³ Et ce dès l'article 2 du règlement intérieur modèle du 20 mars 1857, puis les articles 2 et 3 du règlement de 1938

en charge financière, ils n'ont pas de raison de donner le change en se montrant utiles pour la collectivité au même titre que les moins fortunés. Il ne s'agit donc pas de les placer à des travaux ménagers ou de force, réservés aux classes ouvrières... Cette différenciation de traitement peut être renforcée par un échelonnement des prérogatives offertes en fonction des montants de pension¹⁷¹⁴ : peuvent ainsi être obtenus un surveillant « [...] *attaché [au] service particulier [du malade]* » ou encore chauffage et éclairage de sa chambre particulière. Quant aux soins, existaient par exemple à l'hôpital Saint-Jacques à Nantes deux salles de bains dites « spéciales », permettant l'administration de bain à vapeur pour l'une, sulfureux pour l'autre qui étaient réservées aux pensionnaires. Preuve que sur ce plan aussi, la fortune jouait vraisemblablement rôle de tri...¹⁷¹⁵.

Notons que l'analyse de l'institution asilaire comme un véritable service public est confirmée par Geneviève KOUBI, qui prend précisément en exemple les établissements d'aliénés en tant que services publics, dans le cadre d'une étude sur cette institution, le service public, durant la Commune de Paris et la Révolution de 1871¹⁷¹⁶.

Dans ce cadre conceptuel où l'institution totale s'avère un service public en puissance doté de particularités de fonctionnement, c'est sur un point précis mais crucial pour la compréhension des relations entre gestion de la privation de liberté, pouvoir étatique, gestion des institutions totales et statut dont elles bénéficient qu'il faut s'arrêter : le degré d'implication des pouvoirs publics dans la gestion de la privation de liberté et, *de facto*, son degré de participation à l'élaboration du paradigme totalitaire et de cautionnement de ce dernier.

SECTION II : LA PRIVATION DE LIBERTE, UNE IMPLICATION GRANDISSANTE DES POUVOIRS PUBLICS

Tandis que l'histoire de l'institution pénitentiaire est une évolution vers la reprise en charge monopolistique par les pouvoirs publics de la gestion intégrale de l'institution, celle de l'institution psychiatrique se résume plutôt dans une légalisation, dans la nouvelle loi sur les aliénés, de l'alternative de prise en charge par le secteur privé. Néanmoins, dans les deux cas, c'est le passage d'une implication modérée voire d'un désengagement non-avoué de l'Etat au profit du secteur privé (I) à une prépondérance délibérément choisie du secteur public dans la prise en charge de ces institutions (II) qui peut être observée.

I. LA MISE EN PLACE DES MODELES : L'IMPLICATION RESPECTIVE DES POUVOIRS PUBLICS ET DU SECTEUR PRIVE AVANT 1830

L'institution carcérale repose sur le monopole public en matière d'emprisonnement sur

¹⁷¹⁴ Le règlement de 1857 (articles 121 et 122) préfère parler d'« abonnements » chacun à une option différente, mais le résultat est similaire : la gradation du prix versé correspond à une gradation dans les « paquets » de prérogatives obtenues.

¹⁷¹⁵ Cf. SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DES HÔPITAUX DE L'OUEST, *L'hôpital Saint-Jacques*, Montreuil-Bellay, éd. CMD, coll. « Mémoire d'une ville », 1999, p. 31. Il s'agit du seul témoignage aussi significatif d'une différence de traitement, sur ce plan, entre les catégories de malades internés. Néanmoins, on peut s'interroger sur ce silence, - ce qui ne vaut pas dénégaration -, dans les ouvrages historiques à cet endroit.

¹⁷¹⁶ G. KOUBI, « Révolution et service public pendant la Commune de Paris de 1871 », dans G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire et Service public, op. cit.*, 2004, p. 130

décision de justice dès la Révolution (A) au contraire de l'institution psychiatrique, dont la notion commence véritablement à émerger dans les années suivant cet événement. Se formant dans le cadre plus large d'une politique d'assistance publique qui trouve ses origines dans la charité chrétienne, cette dernière demeure fortement sous l'emprise du secteur privé, ne serait-ce que concernant les classes de population plus aisées (B).

A · LA FAÇADE THEORIQUE DU MONOPOLE PUBLIC SUR L'INSTITUTION CARCERALE

Alors que dans une première période, la prison, devenue le pivot de la punition institutionnelle, se doit d'être un apanage des pouvoirs publics, intégralement gérée par eux (1), cette mission est ressentie comme un fardeau financier. S'en débarrasser, dans les faits, par un artifice juridique au profit d'un secteur privé qui y trouve son compte au prix d'un manque d'éthique et d'humanité insigne devient la solution commode (2).

§ 1. L'Etat au pouvoir de l'institution pénitentiaire ? Les négociations budgétaires et relations d'autorité entre administrations publiques au sujet de la prison

A la fin du XVIIIe, dans un pays qui a connu la reprise en main du pouvoir par l'autorité royale, les prisons du Roi, généralement urbaines, constituent la *quasi* totalité des prisons en activité. Les prisons seigneuriales n'existent plus que dans les sièges les plus importants : si les seigneurs tiennent encore à leur pouvoir de justicier, ils lésinent par contre sur l'entretien de bâtiments voués aux prisonniers et préfèrent donc « emprunter »¹⁷¹⁷ les prisons des autres plutôt que d'en posséder en propre. En effet, l'entretien des constructions revient à celui qui jouit du domaine. Par la suite, s'il y a conflit entre le Roi et les autorités municipales pour savoir à qui devaient revenir les frais de construction ou de réparation des établissements carcéraux, la dispute reste cantonnée aux pouvoirs publics.

Ce sont également ces seigneurs propriétaires de prisons ou le receveur des amendes qui prennent en charge l'entretien du prisonnier, exception faite des dettiers¹⁷¹⁸. Même mode de gestion pour les prisons royales, -le décret du 23 janvier 1662 instituant le « pain du Roi » aux frais de la Couronne-, sachant que, concrètement, les prisons royales sont fréquemment gérées par affermage. Autant de règles posées par les règlements édictés par les Parlements. En effet, ce sont ces hautes juridictions qui, depuis le XVIIe siècle, édictent, pour toutes les prisons, les règles applicables concernant la police intérieure de l'établissement, les conditions de vie (couchage, nourriture), les visites etc.

En 1791, au moment de la réforme du système judiciaire et répressif, ce sont les nouvelles administrations locales – les départements – qui se voient remettre la charge, entre autres établissements publics, des hôpitaux et des prisons. Ainsi, dès l'hiver 1791, le Ministre de l'Intérieur leur enjoint de s'occuper de l'installation des maisons d'arrêt, des maisons de justice et des prisons pénales, et des démarches concrétisent ces directives dès 1791-1792. Les freins financiers se font cependant rapidement sentir, d'autant plus que la Constituante rajoute la réparation et, de manière moins claire, la construction des nouvelles prisons pénales à la charge des départements. Suite aux troubles de la Terreur, le 28 vendémiaire an III (19 octobre 1794), PAGANEL présente à l'Assemblée, au nom du Comité des Secours Publics, un rapport sur l'état déplorable des prisons qui entraîne une prise en charge d'urgence du dossier ; quatre comités sont mobilisés¹⁷¹⁹. La Convention semble donc revenir à une gestion intégrale des établissements

¹⁷¹⁷ Terme d'usage à l'époque, rapporté par J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p.23.

¹⁷¹⁸ Ces derniers sont logés et nourris aux frais de leur(s) créancier(s).

¹⁷¹⁹ Il s'agit du Comité de législation, invité à présenter un projet de loi sur la police et le règlement intérieur des établissements carcéraux, du Comité des travaux publics qui doit assainir ou remplacer les prisons vétustes et malsaines, du Comité des secours publics qui doit prendre en charge nourriture et entretien minimum des

carcéraux par le pouvoir central. Ces mesures restent en réalité lettre-morte et les désaccords concernant la prise en charge du problème carcéral, avec son lourd corollaire financier, qui sous-tendent tout le Directoire, opposent les pouvoirs exécutif, législatif et l'administration. Chacun s'affiche incapable d'agir pour remédier concrètement à la situation désastreuse dans laquelle se trouvent les prisons françaises et estime dans les attributions des autres la résolution de cet état de fait. Ces conflits demeurent donc en tout cas des affaires internes aux pouvoirs publics.

Dans les faits, jusqu'au 10 vendémiaire an IV (2 octobre 1795), date de la réorganisation du service des prisons, ces dernières dépendaient de la « Commission des administrations civiles, police et tribunaux », dans laquelle étaient fondus à la fois le Ministère de l'intérieur et celui de la Justice. Lors de la re-crédation de ces ministères et de la création de l'Administration Pénitentiaire, dans le cadre de cette réorganisation, les prisons sont attribuées à celui de l'Intérieur, situation qui perdurera quasiment sans interruption jusqu'au 20 mars 1911, date de leur rattachement au Ministère de la Justice. De son côté, le nouveau *Code des délits et des peines* du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), copie du Code Pénal de 1791, notamment sur le chapitre « prisons », distingue de nouveau la police de toutes les prisons, -autant lieux de détention préventive que prisons pénales-, qu'il attribue à l'administration municipale, de la nomination des concierges, pour laquelle ce sont les départements qui sont compétents.

En mars 1796, alors que la crise économique de 1794 à 1796 décime la population carcérale, le ministère de l'Intérieur fait appel aux administrations départementales pour qu'elles assurent un minimum alimentaire vital aux prisonniers. Mesure provisoire, à la suite de laquelle la loi du 28 messidor an IV (15 juillet 1796) ne charge plus les départements que des « *seuls frais d'entretien et de réparations ordinaires des bâtiments où les prisons sont établies [...]* », renvoyant tous ceux d'entretien et de nourriture des détenus au Trésor Public. Importante clarification dans le partage des dépenses, mais qui oublie les constructions et les grosses réparations : quel budget est concerné, celui des administrations départementales ou celui de l'administration centrale ? La réponse n'est donnée que par la loi du 1er décembre 1798 (11 frimaire an VII) qui adopte une position médiane : elle met à la charge de l'Etat les constructions et les grosses réparations « *des édifices consacrés à un service public et des prisons* » et confirme, de l'autre côté, que l'entretien et les réparations de tout édifice public, prisons comprises, doivent être assumés par le budget départemental.

Puis, à partir de l'an XI (1802-1803) est appliquée une politique stricte de limitation des dépenses de l'Etat qui amène ce dernier à se désengager financièrement ; les départements doivent désormais supporter seuls la totalité des frais engendrés par les prisons¹⁷²⁰, alors que simultanément est décidée une réduction budgétaire de 40 % dans le domaine. Se met ainsi en place un système où l'Etat fixe la politique pénitentiaire à suivre mais ce sont les administrations locales qui doivent assurer la mise en oeuvre de ces lignes directrices. L'arrêté de CHAPTAL du 13 janvier 1801 annonce déjà ce fonctionnement puisqu'il pose effectivement quelques directives concernant la vie quotidienne en prison, et que, dans la pratique, ce sont les autorités locales qui veillent à l'application de ces mesures¹⁷²¹ et donc à leur financement. Les rôles sont donc bien définis : d'un côté l'ordonnateur, de l'autre l'exécutant. Progressivement, le pouvoir central va d'ailleurs s'affirmer de plus en plus comme une force de direction, d'orientation et de surveillance : ainsi, de ce dernier point de vue, sous le Consulat, les préfets reprennent dans leurs attributions la surveillance des prisons comme, depuis le 11 mai 1801, ce sont eux qui doivent nommer les concierges et guichetiers des prisons.

Par la suite, le Code d'instruction criminelle de 1808 entérine ces simples mesures d'adaptation des dispositions du Code pénal de 1791 à l'organisation administrative napoléonienne. Le partage des responsabilités demeure d'actualité : les préfets conservent la compétence de surveillance des établissements pénitentiaires, devant visiter toutes les prisons de leur département

prisonniers, et enfin des Comités de l'agriculture, des arts, du commerce, et d'approvisionnement pour l'emploi des détenus.

¹⁷²⁰ Notamment les frais d'entretien et de surveillance des prisonniers (vêtements, nourriture, éclairage etc.)

¹⁷²¹ A l'époque, c'est d'ailleurs un officier municipal qui est instauré par le Code des délits et des peines de l'an IV pour visiter les maisons d'arrêt et de justice et vérifier que les prisonniers sont correctement traités.

au moins une fois par an, mais ce sont les maires et les commissaires généraux de police¹⁷²² qui sont chargés de la police de ces lieux de détention.

Une énième velléité de restauration du parc pénitentiaire français émerge en 1810, qui se solde par un échec explicitement reconnu seulement en 1813, lorsque l'état de délabrement des finances du pays et celui, consécutif, d'abandon généralisé des prisons ne peut plus être nié. La tentative jouait sur l'alliance et la mise de fond commune des trois autorités publiques territoriales mais l'ampleur et le coût des travaux à projeter excèdent bien trop largement les moyens cumulés du gouvernement, des départements et des municipalités, d'autant plus que les allocations promises ne sont pas honorées par le premier. A partir de 1811, Napoléon retourne alors complètement sa position : ayant besoin d'argent, il décharge l'Etat de diverses dépenses civiles au détriment des autorités locales. Ainsi, les municipalités voient leur contribution à l'entretien des prisons augmenter pendant que la propriété des maisons d'arrêt, de justice et de correction est transférée aux départements¹⁷²³. Certes, dans les faits, ces nouveaux titres de propriété changent peu la situation antérieure des départements : les plus lourdes charges en matière de bâtiments, l'entretien et les réparations, leur incombaient déjà depuis décembre 1798.

Il semble également que, dès la deuxième vague de construction de maisons centrales, entre 1802 et 1805, ce sont les départements qui financent la construction ou l'aménagement puis l'entretien – dans ce dernier cas *via* des allocations versées à l'entrepreneur – de cette nouvelle forme de prisons et de leurs prisonniers. Ce désengagement de l'Etat peut d'ailleurs paraître mal venu étant donné le caractère centralisateur de ces établissements, et ne manque pas de créer des conflits entre les départements compris dans le rayon d'influence de la prison. En effet, si ces maisons centrales sont censées aider au développement économique local, cet effet reste cantonné à la périphérie proche de l'établissement. Seul le département-siège en profite donc, alors que ces lieux de détention doivent drainer, par principe, les condamnés de plusieurs départements, qui sont donc tenus de participer au financement et à l'entretien de l'établissement et des prisonniers. Les autorités de ces départements tiers, se sentant lésées par la situation, rechignent, dès lors, à payer leur quote-part. Ils participent ainsi finalement à la faillite provisoire du système, les retards de paiements cumulés et répétés acculant certains entrepreneurs presque à la ruine et amenant les autres à ne pas renouveler leurs contrats d'entreprise générale. On peut supposer que, si l'Etat central avait conservé le financement de ces maisons à ressort régional, sa neutralité sur les questions de développement local aurait permis un financement plus rigoureux et linéaire de ces établissements. Par contre, ce désengagement financier ne signifie pas abandon par l'Etat de son pouvoir régalien : il garde maîtrise du secteur, le Gouvernement conservant notamment le pouvoir de nomination des directeurs de maisons centrales et leur administration.

D'ailleurs, la reprise en charge de ces prisons par l'Etat en 1817 va permettre une intensivité de leur développement, notamment entre 1819 et 1824 puis sous la Monarchie de Juillet. En outre, une adéquation entre le pouvoir aux commandes de la politique pénale et répressive d'une part, et ces grands établissements chargés de l'organisation concrète et quotidienne de l'exécution des peines d'autre part, se fait jour.

On peut en conclure que, de manière générale, quelque soit l'époque, la prise en charge des prisons, toujours lourde financièrement donc grevant facilement les budgets, est l'objet de négociations quand ce n'est pas de querelles entre les différentes administrations et ministères. Mais il reste acquis et comme d'évidence que ce poste appartient forcément aux attributions du secteur public ; seuls des acteurs publics sont – et semblent pouvoir – être sollicités. Apparence se fondant sur la situation majoritaire, mais apparence en partie trompeuse si l'on s'attache au sort des maisons centrales. Il paraît en effet plus efficace et plus rentable au gouvernement de confier la gestion de ces prisons-manufactures à des professionnels de l'industrie, donc à des entrepreneurs privés. L'entrée du secteur privé dans le domaine régalien de l'exécution de la peine privative de liberté judiciaire est consommée.

¹⁷²² Ou le préfet de police lorsque la commune a plusieurs maires.

¹⁷²³ Décret du 9 avril 1811

§ 2. L'entrée du secteur privé dans la gestion des peines privatives de liberté : l'impact hégémonique de l'entreprise générale sur l'administration pénitentiaire

Le système de l'entreprise générale est né d'abord dans les dépôts de mendicité. Il semblait d'autant plus crucial de fournir du travail aux reclus de ces lieux de rétention que ces derniers – dans la théorie, tous des pauvres vagabonds – n'étaient enfermés que, précisément, parce qu'ils erraient désœuvrés et sans le sou à travers le pays. Dans la mouture émanant du Traité du 16 vendémiaire an VII (octobre 1798) entre François DELACOMBE et le Ministre François de NEUFCHATEAU¹⁷²⁴, le partage des responsabilités entre Etat et entrepreneur privé ne dépossède pas l'Etat de son pouvoir régalien, dans la mesure où il conserve la surveillance visant à garantir le maintien de l'ordre – c'est lui qui rémunère geôliers, gardiens et officiers de santé –, et où il reste propriétaire des bâtiments mis à la disposition de l'entrepreneur – en conséquence de quoi, il garde également la charge des réparations importantes sur les bâtiments. Au temps des maisons centrales, il sera également du ressort du Gouvernement de nommer l'administration pénitentiaire propre à chaque établissement. L'implication de l'entrepreneur doit « se cantonner » aux deux pôles d'activité, certes importants, que sont l'organisation du travail et l'entretien des détenus.

Les complications dans la fixation de la frontière entre pouvoir de l'Etat et pouvoir de l'entrepreneur vont venir de l'irradiation des règles touchant à l'organisation du travail sur l'ensemble de la vie et de la discipline carcérale et sur l'emprise économique que va exercer le manufacturier sur l'autorité chargée de la prison. Le point paroxystique de cette confusion latente se révèle dans l'article 6 de l'arrêté du 8 pluviôse an IX contenant le Code des prisons, qui autoriserait à moduler la peine en fonction de la conduite et du zèle manifesté par le détenu, mais qui oublie de préciser l'autorité compétente pour évaluer ce comportement : sera-ce l'entrepreneur ou l'administration pénitentiaire ? Ne se fondera-t-on pas, de toute façon, sur les déclarations des hommes de l'entrepreneur ?¹⁷²⁵

L'équilibre de l'établissement reposant quasiment uniquement sur la fourniture de travail aux reclus, l'industriel co-contractant est mis en position d'imposer toutes ses volontés à une administration pénitentiaire complètement soumise tant elle le considère comme son seul salut. Finalement, le tableau de ces centrales est celui, selon Jacques-Guy PETIT, de « *manufactures privées* », fonctionnant simplement dans des bâtiments et avec des hommes – main d'oeuvre comme gardiens – mis à la disposition de l'industriel presque gratuitement par l'Etat. Riche capitaliste influent, l'entrepreneur général a, en outre, ses entrées auprès des personnages stratégiquement intéressants pour orienter la politique d'un établissement dans le sens qu'il souhaite. Les directeurs de prison en ont pleinement conscience et les plus rétifs à ce système de favoritisme l'apprennent durement à leurs dépens. Comme le résume Jacques-Guy PETIT sans ambages, « *tout se marchande entre l'entrepreneur et le représentant de l'Etat, le préfet, le maintien de l'ordre de la prison devenant l'objet d'une sorte de chantage qui laisse le directeur administratif de la centrale sans pouvoir de contrôle réel.* »¹⁷²⁶. La situation tourne encore plus à l'avantage des manufacturiers sous la Restauration, ère libérale persuadée que ces professionnels du commerce et des affaires sont les mieux à même de gérer le problème du travail en prison et de l'écoulement de la marchandise produite. Ere surtout du népotisme, où le gouvernement impose ses « amis » entrepreneurs aux administrations locales et où, qui plus est, il se laisse dicter les contrats de marchés d'entreprise générale par eux. Les industriels en ressortent avec des contrats exceptionnellement bénéficiaires¹⁷²⁷ pour leur compte et avec des situations où les pleins pouvoirs leurs sont donnés sur l'établissement. Abusant de leur position, ils sont critiqués dès la

¹⁷²⁴ Ce traité d'entreprise générale concerne les dépôts de mendicité et non les prisons, mais, comme on a pu l'évoquer en première partie (cf. p. 46), les maisons centrales sont les héritières directes de ces dépôts et, en outre, à l'époque, les dépôts de mendicité étaient peuplés d'une forte proportion de prisonniers.

¹⁷²⁵ En tout état de cause, si déjà la discussion n'est pas close sur l'implication d'une personne privée dans la modulation de la peine judiciaire, il semble clair que les textes de l'époque ne songent même pas à renvoyer une telle attribution à l'autorité judiciaire. Au mieux, ce sera le « bras armé de l'exécutif » qui sera reconnu compétent.

¹⁷²⁶ J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 180

¹⁷²⁷ Ainsi, à la Centrale de Clairvaux, l'entrepreneur obtient, dans son contrat, l'obligation pour l'Etat de lui construire l'atelier devant abriter ses machines. De manière générale, ces lieux de travail, propriétés de l'Etat, sont gracieusement prêtés aux industriels.

Restauration par un inspecteur comme LAVILLE de MIRMONT, pourtant convaincu de la supériorité du système de l'entreprise générale sur celui de la régie. Ses reproches se cantonnent donc à viser la mise en oeuvre, mais il ne remet pas en cause le système en lui-même.

Le pouvoir central trouve de son côté tout intérêt à favoriser le système de l'entreprise générale sur celui de la régie directe, les prisons lui revenant ainsi moins cher. L'administration pénitentiaire se débarrasse également par ce biais de tous les tracasseries liés à la fourniture de travail régulière aux prisonniers et à leur entretien.

Il n'empêche que, le travail étant devenu obligatoire en prison, la « *charte des centrales-manufactures* » impose dans son article 4 que, faute d'entrepreneur, l'administration locale se charge elle-même de l'organisation de l'activité laborieuse de l'établissement concerné. Or deux types de difficultés viennent contrecarrer partiellement les souhaits de l'administration pénitentiaire. D'une part, il s'avère que la frilosité des industriels pour se lancer dans les marchés d'entreprise générale durant les périodes de crises la contraint, à la fin de l'Empire, à effectivement gérer, temporairement, en régie directe, les maisons centrales d'Eysses, de Limoges, de Rennes et de Montpellier. Ces réticences entrepreneuriales persistent sous la Restauration, davantage motivées par la mauvaise organisation des maisons centrales et la taille encore trop restreinte de leurs ateliers. Mais surtout, et d'autre part, l'arrivée d'un entrepreneur dans une centrale qui fonctionnait jusqu'alors en régie directe crée d'importants conflits entre l'administration de l'établissement et les notables locaux d'un côté, l'entrepreneur soutenu par le gouvernement de l'autre.

Juridiquement donc, lorsque qu'un entrepreneur général entre en jeu, le partage est incontestable et l'Etat garde son rôle régalien d'exécuteur des peines prononcées par la justice. Dans la pratique, la situation est beaucoup plus brouillée et déséquilibrée au détriment de l'Etat. Au final, ne doit-on pas ouvertement parler, dans les faits, de privatisation des maisons centrales françaises durant ces périodes de l'âge d'or de l'entreprise générale ? Dès 1830, en tout cas, des voix vont s'élever pour critiquer ce système qui dépossède l'Etat d'une de ses attributions régaliennes. S'ouvre un débat qui résonne en écho, aujourd'hui, avec celui de 1986 et avec la situation actuelle des prisons^{1728 1729}.

Mais en amont de ce partage des tâches de gestion de l'établissement, c'est bien l'Etat qui décide de la création de nouvelles maisons centrales et de leur emplacement. L'administration centrale prend sa décision en fonction d'intérêts nationaux reposant sur les orientations politiques, judiciaires et même militaires de la politique impériale. La plupart du temps, des intérêts locaux, d'ordre économique, influencent également le choix de l'emplacement dans la mesure où l'administration centrale répond à des propositions d'accueil d'un tel établissement venant des pouvoirs locaux ; on reste dans tous les cas dans des conciliations internes aux pouvoirs publics¹⁷³⁰.

¹⁷²⁸ Le débat oppose les partisans de ce système de l'entreprise générale tel qu'il fonctionne à l'époque à deux discours d'opposition : d'un côté, Alexis de TOCQUEVILLE ne s'oppose pas par principe à l'entrée de l'entreprise dans les prisons pour fournir du travail aux détenus, mais réfute la situation de monopole prise par un entrepreneur unique, incité ainsi à une spéculation délétère. L'entreprise privée doit garder une place subalterne d'intervenant dans une institution par essence régaliennne. De l'autre côté, Charles LUCAS, est beaucoup plus radical dans son rejet du système de l'entreprise générale, prônant la régie directe comme seule valable car seule passant pour honnête aux yeux des prisonniers travailleurs. Ces derniers ne sont en effet pas dupes du caractère exploiteur du système de l'entreprise générale tel qu'en vigueur alors, (A. de TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, tome IV : Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger, rééd. 1984, vol. I, notamment pp. 61-62, 72-73, 185-187 et 296-297, 460-461 et Ch. LUCAS, *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'enfermement, de ses principes et de ses moyens, de ses conditions pratiques*, éd. Legrand et Bergounioux, 1836-1838, t. III, pp. 49-59 cité par J.G. PETIT, *Ces peines obscures. op. cit.*, 1990, p. 329 et p. 620 pour la note de référence bibliographique)

¹⁷²⁹ La presse s'est fait le relais, en 1986, de cette mise en parallèle : cf. notamment les articles du Monde en date du 27/8/1986, p. 1 et p. 10; du 11/9/1986, p. 12 et du 21/11/1986, p. 8

¹⁷³⁰ Cette liberté dans la décision d'ouverture d'un établissement n'a pas la même réalité concernant les maisons d'arrêt et de justice qui sont nécessairement rattachées à un tribunal ou à une cour d'assises.

B · EN PSYCHIATRIE, LA MISE EN PLACE D'UNE POLITIQUE PUBLIQUE D'ASSISTANCE

La situation se présente de manière assez différente concernant les établissements psychiatriques et leurs ancêtres. C'est, en effet, moins sur la nécessité d'une prise en main par les pouvoirs publics de l'internement autoritaire des aliénés que va se développer la psychiatrie publique, que sur l'exigence d'assistanat qui va appeler l'Etat à se préoccuper des plus faibles et des exclus sociaux. Du point de vue de la protection stricte de la société et de la prise de corps autoritaire, la question est déjà réglée : à partir de 1790, repérés comme fous ou non, les auteurs de troubles sont arrêtés et placés au dépôt de mendicité, à charge ensuite pour l'autorité judiciaire de les rediriger vers les hôpitaux-Dieu.

Durant tout l'Ancien Régime, c'est par principe, à la famille, lorsqu'elle existe encore, d'assumer son parent insensé, sauf comportement dangereux ou impossibilité financière. Selon les cas, soit elle garde donc l'aliéné à demeure, soit elle le place dans une institution payante. On considère en effet, jusqu'au début du XIXe, que la prise en charge de l'aliéné relève strictement de la sphère privée. Par contre, et ce depuis le Moyen-Age, le quota restant, les fous errants et indigents, sont pris en charge par les pouvoirs publics, -au départ la collectivité villageoise ou municipale puis par la suite le pouvoir royal-. Mais, comme on a pu l'exposer précédemment, cette prise en charge prend généralement la forme d'une séquestration dans des maisons de force ou des dépôts de mendicité à partir de 1724, après un éventuel passage à l'Hôtel-Dieu. Au XVIIIe siècle, apparaît pourtant l'idée d'assistance publique que la société doit à tous ses exclus et laissés-pour-compte. Sans doute est-ce là l'émergence d'une laïcisation de la notion de Charité, qui commande à l'Etat d'assumer la misère sociale que son organisation génère. Des hospices publics, réservés à l'accueil des aliénés sans famille ou trop lourds à supporter pour une famille, sont donc préconisés. Il n'empêche qu'à la fin du XVIIIe siècle, ce sont toujours les institutions privées, principalement des communautés religieuses, qui organisent un véritable maillage du territoire, et continuent de recevoir des insensés en tant que correctionnaires au sein de leurs maisons de force¹⁷³¹ dès lors que la famille a quelques moyens pour payer ces placements. Les pouvoirs publics continuent à ne s'occuper que des plus pauvres et des incurables, voués, en province, à peupler les dépôts de mendicité jusqu'en 1838. Dans la région parisienne, La Salpêtrière et Bicêtre, plutôt classés dans la catégorie des maisons de force par TENON, assurent ce rôle d'accueil gratuit supplétif par rapport à la prise en charge familiale.

A partir de 1790, la Révolution, acquise à l'idée d'assistance publique relevant des devoirs de l'Etat, tente de s'emparer du problème psychiatrique en projetant la création de deux hôpitaux spécialisés, dont un consacré aux incurables. Ce n'est pourtant qu'avec la réouverture de Charenton, en 1797 que voit réellement le jour un hôpital public spécialisé dans le traitement de la folie. Statutairement défini comme un établissement spécial directement financé par l'Etat et placé sous la surveillance immédiate du Ministre de l'Intérieur, le directoire exécutif le fait ainsi échapper à la règle générale, posée par la loi du 16 vendémiaire an V, qui place l'administration des hôpitaux sous le contrôle des municipalités. C'est un des points qui le différencient de La Salpêtrière, son concurrent, dans lequel oeuvre PINEL et qui, lui, est soumis au régime général. Autre différence cruciale avec la Salpêtrière : lieu de traitement à l'ancienne mode, la Maison de Charenton n'accueille que les aliénés « *susceptibles de curation* », donc temporairement. En amont même, comme à l'Hôtel-Dieu, une pré-sélection est opérée et seuls ceux « *dont la maladie présente quelque espoir de guérison* »¹⁷³² sont admis dans ce lieu de traitement. La plupart des aliénés sont ainsi d'emblée inéligibles. Le schisme ante-pinélien est donc toujours de mise au sein de cette institution, et elle se coule dans le moule du fonctionnement de l'Hôtel-Dieu jusqu'alors : outre cette procédure sélective, comme l'indique le ministre de l'Intérieur dans une lettre

¹⁷³¹ On dénombre 500 à 600 maisons de force dans le royaume, pour les deux tiers des communautés religieuses. Près de 15 à 20% de leurs pensionnaires sont des insensés. (Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 145-146 et J. POSTEL et Cl. QUETEL (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, op. cit., 2004 (1994), pp. 113-114)

¹⁷³² Lettre du Ministre de l'Intérieur à l'Administration Centrale du département de la Meuse-Inférieure du 4 thermidor an VI

administrative¹⁷³³, « *si le traitement ne produit aucun succès [les malades] sont renvoyés dans les hospices qui leur sont déjà spécialement affectés, tels que les hôpitaux généraux et dépôts de mendicité* » et ce au bout de six mois¹⁷³⁴. Dans cet hôpital d'Etat, la philanthropie connaît donc des limites qui ne se retrouvent pas dans l'hôpital de la Salpêtrière géré par la municipalité de Paris. Il est vrai que Charenton est voué, par son acte fondateur, à accueillir des individus de tout le royaume (cf. l'article 3 de l'arrêté du 27 prairial an V), ce qui suppose vraisemblablement un roulement important des malades. Reste que ce sont la Salpêtrière et Bicêtre qui recueillent les incurables, bien souvent jusqu'à leur mort, et que leurs pensionnaires semblent également originaires d'un cercle plus large que la région parisienne.

Se dessinerait donc dès à présent la vocation sociale des autorités publiques locales, vocation départementale à partir du moment où ces créations révolutionnaires que sont les départements vont révéler toute leur effectivité. Le fait est que l'Etat n'a pas encore fait le saut pinélien : il propose un établissement de traitement pour les fous curables et ne s'occupe des fous incurables que non médicalement dans les dépôts de mendicité ou les maisons de force. C'est dans un hôpital géré par le Conseil Général des Hospices de Paris que l'innovation a lieu : sur volonté locale, la Salpêtrière est transformée en maison de traitement en 1802. L'objectif du tout nouveau Conseil général des Hospices de Paris est de rassembler tous les services consacrés aux aliénés en un seul hospice, sans s'occuper du critère de curabilité.

A côté de ces établissements publics, les aliénistes, à commencer par ESQUIROL, vont ouvrir des institutions privées. Il n'empêche qu'une structure minimale publique est désormais en place, capable d'assurer le traitement médical de tous les aliénés, sans distinction de curabilité. La psychiatrie publique a une existence concrète dans ses grandes lignes, en tout cas si l'on s'appuie sur l'évolution parisienne. *Quid* de l'évolution en province ? Pour les curables, en effet, les hôtels-Dieu remplissent très certainement leur rôle. Mais si Bicêtre et la Salpêtrière drainent tant de malades originaires d'une bonne partie du territoire français, cela semble bien dû au fait qu'aucune structure alternative aux dépôts de mendicité ne prend en charge médicalement les aliénés incurables indigents. C'est là que la carence étatique apparaît, n'étant pas palliée par les autorités locales.

Plusieurs conclusions doivent être tirées de ce rapide exposé : tout d'abord, que la psychiatrie publique commence à se dessiner, et avec elle apparaît le modèle institutionnel sur lequel elle va s'appuyer durant tout le XIXe et la première moitié du XXe siècle. Ensuite, que la concurrence entre autorités publiques pour la prise en charge de la folie semble déjà s'orienter en faveur des autorités locales.

L'objectif de cette section est donc de rendre compte de l'importance du rôle des pouvoirs publics dans la formation de l'institution émergente. Rappelons la position doctrinale généralement admise à l'époque : le modèle de l'asile psychiatrique de 1838 est le fruit de l'évolution de l'institution psychiatrique publique. Cependant, si il est avéré que la révolution pinélienne prend pour décor Bicêtre et la Salpêtrière, établissements publics par excellence, sans doute serait-il instructif de se pencher plus avant sur le rôle effectif du secteur privé dans cette construction. Y avait-il nécessité absolue que cette révolution s'effectue au sein d'une institution publique ? Partant de là, la nature publique peut-elle être considérée comme un caractère fondateur du paradigme de l'institution asilaire, et donc de l'institution totale ? Il est en tout cas fondamental de rappeler l'inexistence d'un quelconque monopole de « l'exécution de la décision d'enfermement pour soin » telle qu'elle existe à la même époque pour le milieu carcéral.

Sociologiquement, l'institution totale ne semble pas se définir par une nature publique ou privée. L'important est qu'elle soit suffisamment refermée sur elle-même pour créer un microcosme fonctionnant en autarcie, sans contrôle sérieux de l'extérieur.

¹⁷³³ Il s'agit d'une lettre à l'Administration Centrale du département de la Meuse-Inférieure du 4 thermidor an VI

¹⁷³⁴ Quoique la durée de traitement ait pu être plus courte pour les indigents accueillis gratuitement et au contraire plus souple pour ceux placés là à la charge financière de leur famille.

Il semble pourtant plus facilement envisageable d'imaginer une nature publique pour de telles structures, la dérogation au droit commun devant être juridiquement acceptée voire reconnue par le droit. L'institution totale qui nous intéresse ici n'est en effet en aucun cas une institution illégale. Elle fonctionne au contraire en toute légalité en marge du droit, par un jeu d'exceptions juridiques et de dérogations qui lui sont reconnues.

Cependant, comme cela est illustré par l'éclairant exemple de l'entreprise générale dans les prisons, rien n'empêche qu'une personne privée prenne dans les faits le contrôle de telles structures. Cela reste pourtant non acté juridiquement. La situation semble en effet discutable, et pour cause : le droit français peut-il accepter de laisser une personne privée prendre le pouvoir sur d'autres dans un cadre extra-légal ? Le danger pour les libertés publiques, et plus profondément pour les principes juridiques fondamentaux de notre droit, apparaît avec évidence. Car certes, on pourra opposer que l'entreprise générale était encadrée, pour chaque établissement, par un contrat de marché d'entreprise. Encore faut-il que ce contrat soit lui-même établi selon des règles générales s'appuyant sur nos principes juridiques fondamentaux. Et surtout, l'institution perdant à terme tout contrôle extérieur réel, du moins un contrôle pouvant ouvrir sur des mesures de rétorsion, il est loisible ensuite à l'entrepreneur de prendre certaines libéralités avec les règles qui lui ont été fixes au départ.

II. L'INTERVENTION CROISSANTE DES POUVOIRS PUBLICS DANS LA PRISE EN CHARGE DES DEUX INSTITUTIONS (1830-1945)

La reprise en main par les pouvoirs publics des deux institutions totales s'installe au cours du XIXe siècle, de manière très dissemblable selon l'institution concernée : à une implication lente, mouvementée, pendant un temps plus artificielle que réelle des pouvoirs publics, et une répartition des charges objet d'instabilité, de dissensions et cause de carences dans la gestion du parc carcéral dans le cadre pénitentiaire (A) répond une clarification plus rapide et efficace de la situation dans le monde psychiatrique, cette dernière se tournant principalement sur l'échelon départemental (B). A terme, le secteur privé n'est pas éradiqué de ces deux domaines d'activité mais retrouve, le cas échéant, une place de partenaire contrôlé.

A · UNE INSTALLATION LENTE ET MOUVEMENTEE DE L'ETAT AUX COMMANDES DE L'INSTITUTION CARCERALE

Deux mouvements importants vont toucher l'institution carcérale, sensiblement décalés dans le temps, deux dynamiques déjà décrites sur un plan plus historique et institutionnel dans la première partie et que nous allons étudier ici sur un plan fonctionnel. En premier lieu, à l'apogée de l'entreprise générale, synonyme de trafics et d'une perversion du système inique au détriment de la main d'oeuvre humaine à bon marché que sont les prisonniers succède sa chute, obligeant les pouvoirs publics à reprendre en charge l'organisation du travail carcéral (1) ; en second lieu, la réimplication du pouvoir étatique, en remplacement des pouvoirs locaux, dans la gestion des prisons (2).

§ 1. Après des attermoissements, vers la fin du système de l'entreprise générale

La mainmise des entrepreneurs généraux sur les maisons centrales et sa nébuleuse de trafics, corruption et ententes illicites avec des membres de l'administration, fraudes et abus spéculatifs

dans la gestion des établissements et l'exécution du cahier des charges, s'attirent des critiques de plus en plus virulentes dès 1830. Comme on l'a vu en première partie de cette section¹⁷³⁵, il apparaît nettement que le modèle de l'entreprise générale donne durablement le pouvoir réel à l'industriel au détriment du directeur, représentant de l'administration et normalement détenteur, à ce titre, des prérogatives régaliennes en matière d'exécution de la peine. La balance du pouvoir s'inverse donc radicalement par rapport à ce qui apparaît comme pourtant la seule théorie recevable, la gestion de l'exécution de la peine comme compétence exclusivement régaliennne.

Cette emprise totale de l'entrepreneur général sur les établissements qui lui sont confiés atteint, il est vrai, un paroxysme en 1830, avec la signature de cahiers des charges selon lesquels absolument toute la vie des prisonniers et de la prison est remise entre les mains de l'industriel : c'est à lui d'assurer toute la logistique de l'établissement, son entretien y compris des murs et des toitures, et de subvenir à tous les types de besoin des détenus, autant sanitaires et vitaux qu'hygiéniques, professionnels que ludiques ou religieux. En plus de, classiquement, gérer la cantine et rémunérer les prisonniers, c'est lui qui fournit éclairage et chauffage au personnel administratif, qui nourrit et habille les gardiens et entretient leurs armes.

L'argument selon lequel la gestion des maisons centrales ne serait pas privée, des seuls faits que le pouvoir disciplinaire joint à l'activité de surveillance des détenus d'une part, de la bonne exécution de son contrat par l'entrepreneur d'autre part, resteraient des compétences régaliennes entre les mains du directeur d'établissement et de l'inspecteur général, apparaît donc complètement factice dans les faits. Quelle place reste-t-il au directeur de prison pour imposer sa discipline et pour tenter de remplir sa mission de moralisation des détenus ? Sur quel levier pourra-t-il jouer, comment pourra-t-il faire pression dès lors qu'il ne gère plus rien sur le plan matériel ? Comment pourra-t-il exercer une quelconque pression que ce soit sur les détenus, sur l'entrepreneur, ou même sur son personnel qui a très vite compris où était son intérêt et qui, pour la catégorie des cadres, est généralement en rivalité avec lui ?

La toute-puissance de l'entrepreneur général, renforcée par les relations de ce dernier dans les plus hautes sphères de l'Etat, lui donne donc un ascendant inaltérable sur le directeur et l'inspecteur et lui autorise une liberté complète dans ses décisions, ceci expliquant l'ampleur et la récurrence excessives qu'ont pu prendre les abus. Le scandale de Clairvaux, en 1847¹⁷³⁶, souligne la multiplicité des complicités de ces pratiques abusives et frauduleuses, à tous les niveaux, depuis les sous-traitants jusque, surtout, aux membres de toutes les administrations : localement, le préfet, le directeur de la prison, le médecin, au niveau gouvernemental, le ministre de l'Intérieur de l'époque, qui s'implique ensuite activement pour éviter les poursuites pénales, du moins pour en minimiser les conséquences et le verdict envers son administration. C'est l'ensemble du milieu pénitentiaire qui est gangrené et l'Etat qui se trouve à la botte de l'entrepreneur, dans un contexte où seuls les intérêts privés – y compris ceux des membres de l'administration – gardent voix au chapitre au détriment d'un intérêt général disparu.

Parmi ce qu'on peut considérer comme des compromissions étatiques, ou, de manière plus neutre, comme des aides de l'Etat à des entreprises qui prennent le risque et acceptent les sujétions particulières qu'implique l'embauche de prisonniers dans le cadre du travail carcéral, on doit relever l'habitude, jusqu'en 1856, que l'Etat abandonne le tiers des bénéfices de l'entrepreneur qui lui revient normalement à ce même employeur, soi-disant en complément du prix de journée qu'il lui verse pour l'entretien des détenus et charges afférentes, ainsi que pour l'attacher à l'établissement dont il prend ainsi la charge.

¹⁷³⁵ Cf. *supra*, pp. 374-375

¹⁷³⁶ Le 14 juin 1847, le journal *Le National* diffuse le taux de mortalité, tout à fait hors du commun, de la centrale de Clairvaux (117 décès en deux mois, sur une population de 1968 prisonniers) et décrit l'état physique, flirtant avec la mort, de ces détenus visiblement mal nourris, malades et soumis à des conditions de vie des plus rudes. Après enquête, requise par le Garde des Sceaux, suite à l'émotion suscitée par ces révélations dans l'opinion publique et dans l'opposition, il s'avère que les prisonniers meurent empoisonnés, étant nourris à base de déchets, céréales et viandes avariées voire pourries. Le reste de leurs conditions de vie n'est pas plus reluisant : laissés dans des vêtements à l'état de loques malgré le froid connu à Clairvaux plusieurs mois par an, ils sont gardés un temps réduit au maximum à l'infirmerie, -où ils ne sont d'ailleurs pas soignés -, la priorité étant de ne pas désorganiser le travail dans les ateliers par des absences trop longues. C'est donc une véritable « mise à mort » d'une population carcérale, pour reprendre l'expression de Jacques-Guy PETIT, qui est mise au jour avec cette affaire.

Mais l'une des plus grosses tares viciant ce mode de gestion du travail carcéral reste, pour un TOCQUEVILLE, cette importance de l'emprise entrepreneuriale sur l'administration grâce à l'entregent de l'industriel, qui permet à ce dernier de faire primer son intérêt individuel privé sur l'intérêt public, brocardant par là-même les missions assignées à la prison pénale¹⁷³⁷. Il met en cause également la situation de monopole qu'occupent un nombre restreint d'industriels se partageant l'ensemble des maisons centrales françaises. La mise en danger de la vie économique des industries libres face à cette concurrence déloyale est le second facteur déterminant qui a amené les hommes politiques de l'époque à réfléchir à la gestion du travail en prison.

Deux courants de critiques vont alors se dessiner : le premier plaide pour un « Etat régisseur », estimant que les missions d'entretien des détenus et de gestion des établissements pénitentiaires appartiennent aux compétences régaliennes et ne peuvent être assurées que par ce dernier. La charge d'administration du travail carcéral fait partie intégrante de ces missions. Charles LUCAS, l'un des chantres du mouvement, juge, de plus, que le comportement de spéculateur des entrepreneurs généraux décrédibilise le travail carcéral et démotive les détenus qui se savent pertinemment exploités ; plus gravement, cette attitude leur ôterait même toute velléité de devenir honnêtes ; l'objectif rédempteur de la peine de prison serait donc réduit à néant¹⁷³⁸.

Le second courant est plus souple et d'essence plus libérale : il est favorable, éventuellement, à l'affermage des établissements pénitentiaires en faveur d'entrepreneurs privés, cependant le contrat ne doit porter que sur le travail carcéral et non plus sur l'entretien des détenus. L'industriel serait un intervenant spécialisé parmi d'autres dans la vie de l'établissement, l'intendance générale et la direction restant de manière effective à l'administration pénitentiaire. Il s'agit de contrecarrer les abus de l'entreprise générale telle que mise en oeuvre à l'époque, et notamment de remettre l'intérêt public, qui doit nécessairement primer sur l'intérêt privé, au coeur de la problématique. C'est ainsi que le système utilitariste benthamien, qui veut confier l'économie des prisons à l'intérêt personnel et à la recherche du profit au prétexte que cela stimulerait l'entrepreneur contractant, est écarté sans ambage. TOCQUEVILLE va même jusqu'à évoquer le système américain dans lequel se rajoute à ces premières règles la multiplicité des entrepreneurs intervenant dans un même établissement, ce qui inocule une touche de concurrence favorable à l'administration pénitentiaire¹⁷³⁹. C'est donc une reprise en main du système de l'entreprise générale qui est prônée ici, dans l'idée que bien policé, il est « *plus utile que funeste* »¹⁷⁴⁰.

Dans ces deux positions critiques, on remarque *in fine* que ce n'est par contre en aucun cas le principe de faire travailler les détenus qui est contesté.

Du côté des prisons départementales, l'obligation de travailler pour les condamnés s'étend plus difficilement que dans les maisons centrales, faute d'organisation et du fait d'une taille des établissements trop restreinte pour mettre en place des ateliers rentables – comme on l'a exposé en première partie¹⁷⁴¹ –, du fait également de la brièveté des peines des condamnés incarcérés dans ce type d'établissements. Inutile, en effet, pour un entrepreneur, de former un travailleur qui n'aura pas

¹⁷³⁷ Cette maîtrise totale de l'établissement par l'entrepreneur est néfaste, selon TOCQUEVILLE, à la fois pour le condamné et pour la discipline interne à l'établissement. C'est en effet au détriment des détenus que l'industriel spéculé sur les vivres et les travaux, ne percevant l'intendance des prisons dont il a la charge que sous la forme d'un marché lucratif, qui se doit d'être le plus rentable possible ; c'est également au détriment de l'ordre carcéral interne à l'établissement, la préoccupation prioritaire de l'entrepreneur étant de stimuler la productivité du détenu, quelles qu'en soient les conséquences annexes. (A. de TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, *op. cit.*, 1984, vol. I, notamment pp. 61-62, 185-187 et 296-297, 460-461)

¹⁷³⁸ Charles LUCAS développe ces idées notamment à partir de 1836 dans son ouvrage *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'enfermement*, de ses principes et de ses moyens, de ses conditions pratiques, *op. cit.*, 1836-1838, 3 vol. (390, 463 et 631 pages)

¹⁷³⁹ Et il est vrai que sur ce plan, la sortie du système de l'entreprise générale va permettre à l'Etat de faire des économies. Il s'avérera en effet que le coût de journée d'un prisonnier est inférieur au prix que réclamaient les entrepreneurs, et que la qualité de la prestation fournie s'améliorera avec ce passage à la régie. Il apparaît ainsi sans conteste que c'est sur ce chapitre, notamment, que les spéculateurs obtenaient leurs marges de profits, non troublés qu'ils étaient par la concurrence.

¹⁷⁴⁰ A. de TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, *op. cit.*, 1984, vol. I, pp. 296-297 (citation p. 297)

¹⁷⁴¹ Cf. première partie p. 71

le temps de rentabiliser sa formation avant sa sortie. Or il est fréquent que les prisons départementales se voient « vidées » de leurs détenus condamnés à plus d'un an pour aller alimenter le besoin en main-d'oeuvre d'une maison centrale proche qui vient d'aménager un nouvel atelier. C'est donc toute la population pénale la plus stable qui disparaît périodiquement des établissements départementaux, désorganisant au passage les éventuels travaux en ateliers mis en place dans ces structures. Ces événements incitent d'autant moins les entrepreneurs à s'intéresser à ces prisons locales. La Monarchie de Juillet demande cependant, dans le *Règlement général pour les prisons départementales* de 1841, que tous les condamnés incarcérés dans ces établissements travaillent. Mais les préfets ne font pas de cette exigence une priorité et la situation restera généralement à l'état de *statu quo* jusqu'au Second Empire dans la plupart de ces établissements locaux. Seuls ceux situés dans de grandes villes industrielles parviennent à offrir à leurs détenus un travail régulier en ateliers. L'emprise entrepreneuriale est donc beaucoup moins prégnante, dans la première moitié du XIXe siècle, dans ces prisons que dans les maisons centrales ; les pouvoirs publics gardent davantage la main sur la gestion de ces établissements.

En réalité, à la fin de la Restauration, rares restent les défenseurs inconditionnels du système de l'entreprise générale tel qu'il est appliqué à cette époque, mais un certain nombre continuent à être convaincus de la pertinence et de la valeur du système. En ce cas, c'est alors moins le principe en lui-même qu'ils remettent en cause que sa mise en application. Il s'agirait donc, selon eux, d'opérer quelques ajustements mais pas de mettre à bas l'ensemble du mécanisme.

Dès 1842-1846, l'Etat commence à reprendre la gestion, en régie directe, du travail dans quelques maisons centrales où les entrepreneurs spéculaient abusivement sur des contrats de sous-traitance. Cela ouvre débats, autant à la chambre des Députés où TRACY, en 1847, dénonce une politique « *qui a fait des prisons des manufactures[...]* », tout en rappelant que « *les prisonniers ne sont pas [...] des instruments de travail que l'on puisse louer à des entrepreneurs.* »¹⁷⁴², qu'à la Chambre des Pairs, où BERENGER de la DROME inclut, dans son projet de réforme des prisons présenté le 24 avril 1847, la proposition d'une généralisation progressive du système de la régie dans les maisons centrales.

Mais malgré ces critiques préparatoires, la reprise en main du système vers davantage de probité ne va cependant pas parvenir à s'opérer du premier coup : la machine économique que représente l'institution pénitentiaire est suffisamment lourde et le système de l'entreprise générale suffisamment implanté, depuis tant d'années et surtout d'une manière tellement tentaculaire qu'il a tout verrouillé et gangréné. Ce n'est donc qu'après une première tentative trop radicale car trop idéaliste survenue lors de la Révolution de 1848 qu'une réforme, moins ambitieuse mais plus durable, va parvenir à se mettre en place à partir de la dernière décennie du siècle.

En effet, la crise économique alliée au contexte de dénonciation des abus des entrepreneurs généraux amène le gouvernement provisoire de la Seconde République à suspendre provisoirement, par décret du 24 mars 1848, le travail dans les prisons et à résilier les contrats d'entreprise générale en cours. La rupture définitive de ces contrats est obtenue par les industriels concernés. Par suite, la loi de 1849 prévoyant de son côté, à terme, la réorganisation du travail en prison sur le principe de la régie directe, c'est donc l'Etat qui reprend la main dans ce domaine.

Cependant, rapidement, le Gouvernement et l'administration s'adressent de nouveau au privé, ne parvenant à faire face à cette charge de gestion supplémentaire. Dès 1852, un tiers des maisons centrales sont revenues dans le giron du secteur privé en ce qui concerne la gestion de cette question. Ce revirement est consommé autour de 1855-1856, l'entreprise pénétrant également enfin en masse dans les prisons départementales¹⁷⁴³ : c'est donc un faux-pas magistral qui semble s'être opéré en 1848, intensifiant par contre-coup l'ampleur de l'entreprise générale lorsqu'elle revient sept ans plus tard. En effet, à partir de 1855, l'Etat reprend en charge la gestion de ces prisons et y

¹⁷⁴² TRACY, séance du 22 juin 1847, cité par J-G. PETIT, *Ces peines obscures*, op. cit., 1990, p. 330

¹⁷⁴³ En 1863 ne restent en régie directe qu'une seule grande maison centrale, celle de Clairvaux, et celle presque désertée de Belle-Ile ainsi que les colonies agricole de Corse.

diffuse le modèle des maisons centrales¹⁷⁴⁴. Une fois un cahier des charges-type établi, le 14 décembre 1855, il appelle les entrepreneurs généraux à oeuvrer comme ils le font déjà dans les centrales. Pour les inciter à candidater sur ces établissements considérés, on l'a vu, comme peu rentables, le Gouvernement instaure un découpage des adjudications par régions, regroupant des maisons centrales et des prisons départementales, et non plus par établissement. L'entrepreneur s'engage donc, par son contrat, à fournir du travail et s'occuper de l'intendance des deux types d'établissements.

La France est lente, par la suite, pour revenir à un système davantage étatisé, ce qui la pose en retardataire par rapport à ses voisins européens dans les Congrès pénitentiaires internationaux de la fin du siècle, et la place presque en figure d'accusée. En 1890, c'est en effet toujours le modèle de l'entreprise générale qui domine dans les maisons centrales, malgré tous les abus qu'on lui connaît et la prise de conscience qu'on en a. Progressivement cependant, durant la décennie suivante, l'administration française va instaurer le régime de la régie indirecte (appelé également « système de l'entreprise partielle » ou « régie économique ») au fur et à mesure des renouvellements de contrats d'entreprise générale. La modification joue sur la séparation désormais opérée entre la gestion du travail en prison, qui reste la substance des marchés d'adjudication, et l'entretien des détenus, que l'Etat reprend à sa charge. Les dernières maisons centrales connaissent cette modification de régime en 1898.

C'est donc une nouvelle forme de partenaire que l'Etat recrute avec ce contrat modifié : le confectionnaire, qualifié d'« *anti-entrepreneur* » par Monique SEYLER¹⁷⁴⁵, devient un industriel auquel l'Etat attribue la libre disposition d'un local au sein de la prison et un effectif déterminé de travailleurs détenus, dans des conditions fixées par le contrat. Ce confectionnaire ne peut notamment pas choisir ses ouvriers ou en refuser certains, ne peut pas les déplacer et n'a pas de pouvoir de punition sur eux. L'Etat a bien repris la place de « maître de la prison » qui lui revient de droit. Il se montre de plus en plus exigeant et plénipotentiaire au fil des années, au détriment des entrepreneurs et de leurs profits¹⁷⁴⁶. Quelques établissements possèdent également des ateliers gérés en régie directe cette fois, l'administration faisant alors travailler les prisonniers pour son propre compte¹⁷⁴⁷. A partir de cette année 1898, donc, seules les prisons départementales restent encore soumises au système de l'entreprise générale, et ce jusqu'au début du XXe siècle.

Forts des économies opérées par l'Etat à partir du moment où il a mis fin au système de l'entreprise générale dans les maisons centrales, les députés ennemis de ce modèle dépassé militent pour l'extension de la régie à ce second type d'établissements que sont les prisons départementales. L'administration pénitentiaire reste plus réticente sur ce second champ d'action, suite à un essai de passage en régie peu concluant, limité à quelques services logistiques. Elle en déduit une impossibilité, consubstantielle à la trop petite taille de ces établissements.

Parallèlement à cette reprise en main fonctionnelle des établissements pénitentiaires, la puissance étatique s'affermir également sur le plan des contrôles et de la surveillance des confectionnaires. L'inspection générale n'hésite plus à remercier les entrepreneurs frauduleux, voire à les poursuivre en justice.

¹⁷⁴⁴ Et aucune leçon n'a été retenue du scandale de Clairvaux, bien au contraire : l'Etat, pour inciter les entrepreneurs à prendre dans leur giron la gestion de ces prisons départementales accepte même de transiger au détriment des détenus sur la qualité de leur nourriture : la portion imposée de viande est diminuée et même, les prescriptions nutritionnelles concernant la composition ne sont plus « strictement obligatoires ». Ainsi que l'explique Monique SEYLER, l'Etat n'a à cette époque qu'un seul objectif : se « [...] *décharger du fardeau* [...] » que représente la gestion des ces prisons départementales qui vient de lui revenir, et pour cela, il est prêt à toutes les compromissions, surtout si elles ne se font qu'au détriment de cette armée d'individus déconsidérés, de si peu de valeur, que sont les prisonniers.(cf. M. SEYLER, « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. La fin du système de l'entreprise générale sous la IIIe République », *Déviance et société*, 1989, vol. 13, n°2, p. 127.)

¹⁷⁴⁵ M. SEYLER, « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. », *op. cit.*, 1989, p. 137

¹⁷⁴⁶ Ainsi, par un nouvel arrêté du 15 avril 1882, le Ministère de l'Intérieur s'octroie le droit de faire réviser les tarifs concernant les marchés avec les confectionnaires annuellement par les inspecteurs généraux.

¹⁷⁴⁷ Par exemple, la confection d'uniformes à Melun, des droguets et des couvertures pour les détenus à Fontevault.

Comme le conclut Monique SEYLER, « *la vérité, c'est que l'entreprise générale, qui avait pallié la faiblesse et l'impuissance administrative durant plus d'un siècle, était condamnée à disparaître dès lors que l'administration disposerait des forces nécessaires pour gérer elle-même la quotidienneté de la prison.* »¹⁷⁴⁸. C'est bien ce qui transparait, à ce stade de l'étude, à la fois dans l'achèvement du processus de transformation pour les maisons centrales et dans son échec temporaire pour les prisons départementales.

§ 2. La reprise en charge par l'Etat du financement des établissements pénitentiaires, une politique non aboutie

D'un point de vue plus général, l'administration pénitentiaire centrale commence à installer la plénitude de son pouvoir à partir de 1848, une conjonction d'événements conjoncturels l'amenant à multiplier ses effectifs et à prendre le contrôle de missions qu'elle ne gérât pas jusque là. Notamment, l'Etat reprend les dépenses ordinaires des dépenses des prisons départementales à sa charge à partir de 1855, c'est-à-dire tout ce qui touche à la surveillance et à l'entretien au quotidien des prisonniers¹⁷⁴⁹. L'administration pénitentiaire centrale prend ainsi le pas sur le préfet, autorité de tutelle du département, le dépossédant d'une part de son autorité, et l'effaçant progressivement dans ce domaine. En effet, si les préfets continuent de nommer les gardiens, le directeur de l'administration pénitentiaire nomme dorénavant dans chaque département un directeur des prisons départementales ayant pour mission d'appliquer la politique ministérielle.

On voit donc s'esquisser l'évincement de l'autorité locale à la faveur de celle étatique en matière de politique pénitentiaire et de gestion des établissements carcéraux. Au final, l'excès d'égoïsme de l'administration pénitentiaire centrale qui se diffuse par cette politique d'investissement des structures sera dénoncé devant la commission d'enquête de 1872. Un magistrat estimera ainsi nocif ce repli sur elle-même d'une administration qui a « *éloigné des prisons tout élément qui n'était pas le sien* »¹⁷⁵⁰. L'administration centrale oeuvrerait donc complètement dans la dynamique de l'institution totale, se créant un univers propre coupé du reste du monde, même administratif.

Ne restent plus aux départements que les frais de réparation et construction de ces prisons locales. Or ces dépenses seront ôtées de la liste des charges obligatoires des départements en 1866, ce qui entraînera *de facto* une dégradation accélérée d'établissements déjà parfois en piteux état, les départements étant en effet peu intéressés à entretenir des établissements pénitentiaires et préférant engager leurs fonds dans des actions politiquement plus rentables. Cela va inciter l'Etat à achever sa reprise en charge totale de ces établissements en 1893 : une loi donne la possibilité aux conseils généraux de se décharger, au profit de l'Etat, de la propriété – donc des coûts afférents – des bâtiments incompatibles avec l'offre de conditions décentes aux détenus incarcérés. Certes, les départements restent peu enclins à opérer cette rétrocession, alors que leur demeurerait tout de même une part des charges et, d'un autre côté, le gouvernement et les parlementaires sont peu enthousiastes à reprendre dans leur escarcelle les coûts entraînés par cette rétrocession, qui doit nécessairement déboucher sur l'aménagement du régime cellulaire dans toutes ces prisons. La loi de 1893 se solde par un échec.

En regard de cette situation carcérale où les carences normatives rivalisent avec le manque d'argent et d'intérêt pour la question, mais où toutefois se manifeste une forte prise de conscience de la part de l'Etat et des pouvoirs publics, la reprise en main par ces derniers de la gestion de l'institution psychiatrique s'est montrée plus tôt et plus efficacement clarifiée grâce à la seule loi de juin 1838.

¹⁷⁴⁸ M. SEYLER, « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. », *op. cit.*, 1989, p.139

¹⁷⁴⁹ On se rappelle en effet que la gestion complète des maisons centrales a été reprise en charge par l'Etat en 1817.

¹⁷⁵⁰ Citation extraite de Enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires de 1873, et tirée de J.-G. PETIT, *Ces peines obscures*, *op. cit.*, 1990, p. 213

B DANS L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE, L'ABSENCE DE MONOPOLE PUBLIC AU PROFIT DE LA DENSITE TERRITORIALE DE L'OFFRE

L'objectif de la loi de 1838 est d'organiser un quadrillage départemental d'accueil d'aliénés et elle met à la charge des départements l'accueil des aliénés de leur territoire, ce qui sous-entend l'organisation concrète de cet accueil. Par principe général, c'est sur l'offre publique de soins que mise la loi (1). Ceci dit, pragmatiquement, face au déficit du nombre d'asiles publics, la loi prend le parti d'ouvrir la participation à ce maillage territorial aux établissements privés (2). Il s'agit en tout cas, par ce texte, que tout aliéné soit susceptible d'être accueilli dans un établissement de soin adéquat dès que nécessaire (3).

§ 1. L'offre publique départementale, la solution de principe posée par la loi de 1838

Les établissements publics sont donc « *placés sous la direction de l'autorité publique* »¹⁷⁵¹, qui les dirige autant qu'elle les surveille. Choix est fait qu'ils soient à la charge des départements plutôt que de l'Etat. L'idée du ministre est en effet que la folie d'un individu est d'abord un mal local, qui désorganise la vie sur un cercle territorial restreint. Or, parallèlement, l'échelle municipale doit être abandonnée car ayant trop peu de ressources. L'idée de mobiliser la solidarité au niveau du département paraît donc un bon compromis entre l'intérêt local et la mission d'intérêt général d'assistance publique face à ce fléau. L'organisation de la prise en charge des aliénés est ainsi de la responsabilité des départements, et les tarifs des prestations sont fixés par le préfet au niveau de ces territoires. Dès lors que l'aliéné est trop indigent pour financer son hébergement à l'asile et sans famille, ce sont les départements, aidés cette fois, par la commune du domicile de l'aliéné, qui prennent en charge la dépense¹⁷⁵².

Ceci dit, les Parlementaires prennent conscience, lors des débats, que, d'une part, les structures publiques sont trop rares pour supporter, dès les premières années d'application de la loi, l'ensemble du public à interner, et que, d'autre part, à terme, le maintien de structures privées permet aux départements des économies non-négligeables sur le coût de fonctionnement de ces hospices, qui n'est ainsi pas à leur charge. Ces institutions privées, fortes de leur expérience dans ce type d'activités, notamment lorsqu'il s'agit de fondations religieuses, peuvent en outre offrir des services de grande qualité dont il serait dommage de se dispenser. La loi de 1838 prend donc le parti de maintenir des établissements privés à côté d'établissements publics.

§ 2. L'offre privée, une solution subsidiaire d'accueil fortement encadrée

Les arguments convergent ainsi, non seulement vers le maintien, mais même, vers des ententes entre les conseils généraux et ces établissements : la loi autorise ces asiles privés à jouer le rôle des hôpitaux psychiatriques publics dans les départements où un asile fait défaut ; elle organise dans cet objectif une procédure assise sur une convention, – ou « *traités* » selon les termes du texte de 1838¹⁷⁵³. Les départements peuvent ainsi s'appuyer sur l'offre de soins privée s'ils n'ont pas d'établissement public en fonctionnement sur leur territoire et si, jusque là, l'accueil avait été pris en charge par une structure privée de qualité. Il s'agit bien, pour la loi de 1838, de s'assurer qu'une possibilité de prise en charge existera en tout point du territoire pour toute population, même la moins fortunée, et dans des conditions correctes, respectant la dignité de ces individus. En

¹⁷⁵¹ Article 2 de la loi du 30 juin 1838

¹⁷⁵² Article 26 à 28 de la loi du 30 juin 1838

¹⁷⁵³ Article 1er de la loi du 30 juin 1838

conséquence, c'est une forme de statut hybride qui est créée pour les établissements privés acceptant d'endosser le rôle des établissements publics.

La loi n'interdit pas, parallèlement, le maintien d'institutions purement privées cette fois, et sans pseudo-fonction d'entités publiques donc sans contrat en ce sens avec les départements. Par contre, cela ne leur épargne pas toutes les formalités et garanties visant à s'assurer de la légitimité des placements accueillis ainsi que des conditions de prise en charge et de vie des patients internés valables pour les établissements privés.

Economie et expérience l'emportent ainsi, aux yeux des Parlementaires débattant de la loi, sur la crainte du secteur privé et de sa vénalité supposée à propos d'une question touchant à la séquestration d'individus. Une crainte d'autant plus minimisée par les promoteurs du projet de loi, lors des débats, que de nombreuses garanties sont prévues pour encadrer cet exercice privé des fonctions de soins : la décision d'internement est verrouillée¹⁷⁵⁴, et de surcroît, l'établissement en lui-même est plus particulièrement surveillé par les pouvoirs publics du fait de son statut de structure privée. En effet, non seulement il est placé « *sous la surveillance de l'autorité publique* »¹⁷⁵⁵ et il reste sous le contrôle de l'autorité judiciaire, mais, en outre, son directeur doit obtenir une autorisation du Gouvernement.

Pour plus de sûreté, cette autorisation, assise sur les qualités professionnelles et morales du candidat, est elle-même *intuitu personae*, obligeant donc l'établissement à en obtenir une nouvelle à chaque changement de directeur. Ainsi, ce dernier doit notamment être docteur en médecine¹⁷⁵⁶, être majeur et exerçant ses droits civils et certifier de ses bonnes moeurs¹⁷⁵⁷. Mais le candidat doit également prouver la salubrité et la sécurité de ses locaux¹⁷⁵⁸, ainsi que la garantie de la sûreté des personnes amenées à le fréquenter¹⁷⁵⁹. Parmi les autres garanties exigées des asiles privés en supplément de celles demandées aux établissements publics, on peut signaler la visite, dans les trois jours de la réception de tout bulletin d'internement d'un malade par le préfet, par des « *hommes de l'art* » missionnés par ce représentant de l'Etat pour vérifier la légitimité de la mesure de placement¹⁷⁶⁰. Toutes ces dispositions supplémentaires peuvent paraître fortement discriminantes voire éventuellement handicapantes envers les asiles privés, mais il est vrai que des sécurités semblables découlent naturellement du fonctionnement des établissements publics, dont les directeurs sont nommés par le Ministre de l'Intérieur et placés « *sous la surveillance de l'autorité publique* », en fait du préfet et d'une Commission de surveillance instituée par l'Ordonnance du 18 décembre 1839¹⁷⁶¹.

Toutes les garanties imposées autant aux établissements publics que privés (information immédiate du Procureur des internements etc.) peuvent également prendre, dans la configuration privée, un sens renforcé, portant autant sur la légitimité de la mesure de manière générale que sur la suspicion d'entente voire de corruption par les familles d'internés, touchant les établissements privés. La surveillance exercée par l'autorité publique est également plus prégnante que dans les établissements publics : la loi impose, en théorie, une inspection trimestrielle de ces lieux, là où elle n'exige qu'une visite semestrielle pour les structures publiques¹⁷⁶². C'est en effet par ces contrôles d'autorités publiques que le Gouvernement devient le garant de l'intégrité des structures privées.

Enfin, pour faciliter ces contrôles et assurer une vigilance optimale de la part des autorités

¹⁷⁵⁴ Cf la description des garanties entourant la décision d'enfermement *infra* sur la décision privative de liberté, pp. 457 et s.

¹⁷⁵⁵ Article 3 de la loi du 30 juin 1838

¹⁷⁵⁶ L'article 19 de l'Ordonnance permet, éventuellement, au candidat, de s'appuyer sur l'engagement d'un médecin agréé par le préfet de se charger du service médical de l'asile projeté, en s'engageant à remplir toutes les obligations incombant à ce service.

¹⁷⁵⁷ Article 18 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁵⁸ Article 22 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁵⁹ Article 23 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁶⁰ Article 9 de la loi du 30 juin 1838

¹⁷⁶¹ Articles 1 et 2 de l'ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁶² Article 4 de la loi du 30 juin 1838

inspectrices, de l'administration publique en générale et du juge judiciaire, les établissements privés accueillant des aliénés doivent forcément être spécialisés dans ce type de maladie. Il leur est donc impossible d'exercer cette activité en parallèle avec le traitement d'autres maladies, notamment somatiques, sauf autorisation spéciale du Gouvernement si les aliénés sont étanchement séparés des autres malades, dans un local qui leur serait consacré¹⁷⁶³. La qualité du service est également garantie par l'obligation de signifier, au moment de la demande d'autorisation, le nombre et le sexe des futurs pensionnaires : cela permet à l'administration de vérifier la compatibilité des locaux avec ces projets, toujours dans l'optique d'assurer des conditions d'accueil dignes aux futurs internés¹⁷⁶⁴. Et dans tous les cas, les directeurs d'asiles privés doivent verser une caution proportionnelle à la taille de leur établissement à la caisse des dépôts et consignations, qui permettra, en cas de suspension fortuite du service du directeur, de maintenir l'établissement en fonctionnement quelques mois, le temps pour les pouvoirs publics et les proches du directeur de trouver une solution de repli pour la prise en charge des aliénés confiés à cet asile¹⁷⁶⁵. Toutes précautions sont ainsi prises pour pallier les dangers classiques d'une gestion privée d'établissement.

§ 3. Le principe posé par la loi de 1838 : une prise en charge inconditionnelle

Il a donc paru indéniable que les indigents devaient pouvoir être accueillis à tout moment dans un asile, alors même qu'ils n'avaient pas les moyens de payer leur internement. Dans la théorie – et on retrouve là la mission d'assistance publique des pouvoirs publics, progressivement dévolue aux départements –, les asiles publics ou ceux privés qui en font office ne peuvent refuser un aliéné indigent. *A contrario*, les aliénés plus fortunés pourraient éventuellement être refusés, étant considérés comme ayant les moyens d'être placés en institution privée, payante. Reste ensuite les pragmatiques problèmes de places dans les asiles, que la loi, toute dans l'abstrait et la généralité, se refuse de régler. Pour le ministre de l'Intérieur, la question est propre à être solutionnée par les règlements de chaque établissement, position qui transparait effectivement à l'article 25 de la loi¹⁷⁶⁶.

Par contre, malgré le statut d'établissement d'accueil de droit commun pour les placés d'office reconnu aux asiles publics ou aux privés assimilés, clairement établi par le même article 25¹⁷⁶⁷, la loi laisse entendre que les personnes placées d'office pourront également l'être dans un établissement privé autre¹⁷⁶⁸. Le pragmatisme de la réaction rapide semble poindre derrière cette disposition (dans les cas où aucun asile public n'est à proximité du lieu d'appréhension du malade), de même qu'une vraisemblable attention aux familles, à leurs souhaits et à leur réputation : choix leur est laissé de l'établissement d'internement si elle le désire. Cela laisse également entendre la confiance portée par les pouvoirs publics et le Législateur aux établissements privés, tels qu'ils sont encadrés par la loi de 1838.

La mission de prise en charge de la privation de liberté revient ainsi logiquement, dans l'Etat libéral et répondant aux idéaux des Lumières, aux pouvoirs publics. Qu'ils la délèguent, mais en ce cas sous force contrôles, ou qu'ils la gèrent ensuite en régie directe, la prérogative en tant que telle leur appartient comme la sujétion d'accomplir cette mission et ses corollaires. Il s'agit bien que l'autorité publique se pose comme garante du traitement qui sera infligé aux individus ainsi enfermés.

¹⁷⁶³ Article 5 de la loi du 30 juin 1838

¹⁷⁶⁴ Article 20 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁶⁵ Articles 24 à 29 de l'Ordonnance du 18 décembre 1839

¹⁷⁶⁶ Article 25, al. 2 : « Les aliénés dont l'état mental ne compromettrait point l'ordre public ou la sûreté des personnes y [dans l'établissement appartenant au département, ou avec lequel il aura traité] seront également admis, dans les formes, dans les circonstances et aux conditions qui seront réglées par le conseil général, sur la proposition du préfet, et approuvées par le ministre. »

¹⁷⁶⁷ Article 25, al. 1er : « Les aliénés dont le placement aura été ordonné par le préfet, et dont les familles n'auront pas demandé l'admission dans un établissement privé, seront conduits dans l'établissement appartenant au département, ou avec lequel il aura traité. »

¹⁷⁶⁸ Article 24 de la loi du 30 juin 1838

Cette construction idéologique imposée, il s'agit de s'assurer en permanence de l'authenticité de sa mise en pratique : la perversion du système s'est installée un temps dans le cadre carcéral par la colonisation du pouvoir par le secteur entrepreneurial privé, derrière le masque du paradigme pourtant d'essence étatique. Leçons ont ainsi pu être tirées sur les garde-fous à poser et n'ont fait que conforter l'idée de nécessité que ce type d'institution totale et totalitaire demeure sans concession sous la coupe de l'autorité publique.

La divergence d'identité des autorités chargées de cette prise en charge pour chacune des institutions souligne, par contre, la possibilité mais aussi l'intérêt de travailler sur les différents niveaux de pouvoirs et d'accorder ainsi la mission avec l'échelon le plus à même de la remplir correctement. Si le domaine pénitentiaire appelle davantage une politique et une gestion étatique, pilotée au niveau national, l'institution asilaire reste beaucoup plus proche du territoire, rappelant le rôle d'assistanat social aujourd'hui confié aux départements.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

L'institution totale recouvre ainsi tous les caractères du service public. Sa particularité, au fondement de ce paradigme singulier, se niche dans son régime juridique et les moyens exorbitants du droit commun dont elle bénéficie pour fonctionner et qui lui offre une emprise hors de toute mesure sur ses pensionnaires, soit, précisément, tout ce qui en vient à caractériser la dimension totalitaire derrière la description, purement factuelle, de l'institution totale. Cette démesure lui permet de s'affranchir potentiellement des valeurs issues de la Révolution et des droits de l'homme naissants, la plaçant ainsi en-dehors des paramètres de la société juridique. Rien d'étonnant, alors, à ce que le paradigme totalitaire dissimule ainsi intégralement le concept de service public bien présent à sa base... et à ce que sa chute permette la réapparition, sous ses décombres, de ce même concept de service public. L'effondrement de l'institution totale et totalitaire laisse ainsi place à l'épanouissement de ce mode de gestion de la privation de liberté plus démocratique et respectueux de l'Etat de droit, devenant ainsi lui-même un nouveau paradigme.

*
* *

CHAPITRE 2

LE SERVICE PUBLIC, MODE DE GESTION MODERNE DE LA PRIVATION DE LIBERTE

Le service public pose deux enjeux en matière de prise en charge de la privation de liberté : en premier lieu, un retour à un droit non-déroatoire pour encadrer les institutions privatives de liberté que sont l'institution psychiatrique et celle pénitentiaire (section I) ; en second lieu, la nature du mode de gestion, lourd en signification quant au regard porté sur la privation de liberté, ce pouvoir régalien par excellence : peut-il être délégué au secteur privé et sous quelles modalités ? Une différenciation peut-elle être opérée entre les formes de privation de liberté ? (section II)

SECTION I : LE GLISSEMENT DE L'INSTITUTION TOTALE VERS LE SERVICE PUBLIC : UNE CONTINUITE DANS LA REVOLUTION

Avec la ruine du paradigme de l'institution totale, à la Libération, se découvre un nouveau « modèle » présidant au fonctionnement de ces deux services : le service public. Un modèle qui se dessinait déjà, en son temps, derrière celui de l'institution totale, on l'a vu ; un modèle utilisé un temps officieusement comme assise fonctionnelle pour des structures sans autre cadre de marche (I), avant d'être entériné officiellement comme tel en 1970 pour le service hospitalier psychiatrique, en 1987 pour le service pénitentiaire. Un modèle qui demeure institutionnel, la perte du qualificatif « total » mais surtout « totalitaire » exprimant la révolution libératrice connue par ces deux mondes. Un modèle, enfin, qui conserve des singularités dans son adaptation aux deux structures fonctionnelles construites autour de la privation de liberté (II). Un modèle qui n'est autre que le paradigme en puissance appuyé sur une nouvelle conception de la gestion de la privation de liberté.

I. LES INSTITUTIONS PENITENTIAIRE ET PSYCHIATRIQUE DANS L'APRES-GUERRE, DEUX SERVICES PUBLICS DEJA CARACTERISES

Dès 1945, soit avant même leur qualification officielle de services publics par la loi, et jusqu'à nos jours, ces deux institutions en revêtent tous les caractères : non seulement elles répondent aux trois critères utilisés par le juge pour caractériser une activité de service public lorsque le législateur ne qualifie pas expressément l'activité de service public (A), mais en outre elles se plient déjà aux trois principes-socles du fonctionnement des services publics, les lois de ROLLAND (B).

A · LA PRESENCE DES TROIS ELEMENTS CARACTERISTIQUES DU SERVICE PUBLIC

Le service public ne possède pas de définition univoque autour de laquelle tous les acteurs de la vie juridique se rassembleraient ; « [...] le législateur ne s'en est pas soucié, le juge ne l'a pas voulu, la doctrine ne l'a pas pu. »¹⁷⁶⁹. Encore à l'heure actuelle, chaque auteur donne la sienne en précisant bien qu'il est difficile de s'arrêter sur une définition « *stable* »¹⁷⁷⁰, d'autres plumes renonçant pour leur part à se prêter à l'exercice¹⁷⁷¹, ce qui revient au même résultat. Néanmoins, l'existence de trois éléments nécessaires – le rattachement à une personne publique (1), un but d'intérêt général (2) et l'existence d'un régime juridique dérogatoire du droit commun privé (3) – sert aujourd'hui de repère à sa caractérisation, un moyen de créer une définition *a minima* qui pourrait cerner la notion à travers les âges, sur l'ensemble de son temps d'existence. Véritable faisceau d'indices devant permettre de repérer une volonté du législateur ou de l'administration de donner à ces activités le « *label de service public* »¹⁷⁷², c'est l'instrument qui va nous servir à mettre en évidence l'existence du service public, dans son sens le plus fonctionnel. Non seulement il va nous être utile pour démontrer cette nature de service public comme déjà perceptible au coeur des deux institutions étudiées avant leur reconnaissance officielle en tant que tel par la loi en 1970 et 1987, mais, prolongeant notre propos jusqu'à l'époque actuelle, nous nous servons de cette grille d'analyse supplémentaire pour faire ressortir l'adéquation toujours confirmée entre la réalité de ces caractères et la qualification par la loi de ces services publics. La mise en exergue de cette réalité profondément ancrée de service public de ces deux institutions actuelles permet aussi de constater que, dans les faits, peu de modifications se sont opérées depuis l'avant-guerre.

§ 1. L'élément organique : le rattachement à une personne publique

Concernant l'élément organique – le rattachement à une personne publique –, l'administration pénitentiaire était déjà une administration d'Etat, passée sous la direction du ministère de la Justice depuis le décret du 13 mars 1911. On peut simplement relever que les derniers établissements encore propriétés des départements, les prisons départementales, sont définitivement rétrocédés à titre gratuit à l'Etat en 1944¹⁷⁷³. Le paysage institutionnel devient en tout cas d'une grande clarté : l'ensemble du monde pénitentiaire est rattaché directement – système de la régie directe – à une personne publique de choix, l'Etat.

De même, le contexte psychiatrique a été fixé par la loi de 1838 et reste sans changement jusqu'aux lois de 1985 et de 1990, quoique, là aussi, puisse être observé le passage de témoin de tutelle de ce régime de soins hospitaliers des départements vers l'Etat depuis la loi de décentralisation du 22 juillet 1983¹⁷⁷⁴. C'est donc désormais clairement ce dernier, par le biais de l'agence régionale de santé¹⁷⁷⁵ et du ministère de la Santé, qui se trouve la personne publique de rattachement de ces établissements de soins pour ce service public psychiatrique.

¹⁷⁶⁹ D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 428

¹⁷⁷⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit des services publics*, *op. cit.*, 2007 p. 71

¹⁷⁷¹ Cf. D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. », *op. cit.*, 1982, p. 428 ; P. NICOLAY, *Cours de droit administratif*, Ecole nationale des Ponts et chaussées éd. Eyrolles, 1976 (cité par D. TRUCHET, note 15) et J.-F. LACHAUME « Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence de la juridiction administrative » dans *Mélanges offerts à Marcel WALINE. Le juge et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 1974, tome II, p. 479 ; Didier LINOTTE et Raphaël ROMI la disent « *introuvable* » (D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit économique*, *op. cit.*, 2004, pp. 41-42).

¹⁷⁷² Cf. D. TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. », *op. cit.*, 1982, pp. 427-439

¹⁷⁷³ Article 15 de l'ordonnance du 20 décembre 1944 : cette rétrocession à titre gratuit est en réalité davantage une charge reprise par l'Etat qui se doit d'en assumer ainsi sinon la reconstruction en tout cas l'entretien alors que leur état est déplorable.

¹⁷⁷⁴ Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 « complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat (1) »

¹⁷⁷⁵ Et antérieurement de l'Agence Régionale d'Hospitalisation (ARH)

§ 2. L'élément fonctionnel : un but d'intérêt général

Quant à l'existence d'un but d'intérêt général sous-tendant les missions de ces deux institutions, élément fonctionnel de la définition du service public, elle paraît peu contestable. Au contraire, alors que l'intérêt général est, par essence, évolutif, s'adaptant au contexte historique, politique, économique, social du moment – « *subjectif* » selon le terme de Pierre ESPLUGAS¹⁷⁷⁶, puisque se coulant dans la définition qu'en donnent les pouvoirs publics, au nom de la Nation, à un moment précis de l'Histoire –, les missions principales visées par les deux institutions étudiées sont, pour leur part, extraordinairement régulières, presque atemporelles en ce qui concerne les sociétés occidentales en tout cas.

Que ce soit la fonction de sécurité publique de la société et de protection des citoyens ou celle de l'assistance aux indigents, délivrance de soins de santé aujourd'hui retraduite en protection de la santé par le Préambule de 1946, ces missions sont deux pôles reconnus et non remis en cause du « bien commun » puis de « l'intérêt général » à perpétuer dans le cadre d'une société constituée dans une perspective de fonctionnement pérenne. Ainsi, Pierre ESPLUGAS, dans le cadre de son étude sur le service public revisité à la lumière des décisions du Conseil Constitutionnel, affirme-t-il le caractère constitutionnel du service public pénitentiaire autant que de celui de santé. Il rattache en effet le premier « [...] à la force publique et aux fonctions de souveraineté [...] »¹⁷⁷⁷, et confirme l'article 11 du Préambule de 1946 comme origine actuelle du second¹⁷⁷⁸.

Mais en outre, il est vrai qu'avec la société nouvelle qui se construit à la Libération, de nouvelles missions viennent enrichir le travail confié à l'administration pénitentiaire. La sécurité publique ne se réduit plus à l'enfermement mais se décline également en prise en charge du détenu pour l'orienter vers sa réinsertion. Sous-catégorie des moyens mis en oeuvre pour obtenir, à la fin, une qualité de la sécurité publique accrue, cette conjugaison aux résonances sociales de ce but premier de la prison a ainsi toute sa place dans la définition de l'intérêt général tel que nouvellement formulé. Il n'en va pas autrement pour la mission de prévention de la récidive introduite encore plus récemment par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

§ 3. L'élément matériel : l'existence d'un régime dérogatoire du droit commun

L'existence d'un régime de droit dérogatoire du droit commun est indiscutable en prison, le droit pénitentiaire étant d'abord un droit public, « [...] *une simple catégorie du droit administratif général* [...] »¹⁷⁷⁹, même, pour Monsieur PECHILLON, ce qui souligne le caractère singulier d'un certain nombre de règles propres au monde pénitentiaire, mais pointe également que le droit administratif s'applique par défaut au quotidien pour la vie courante de l'administration. Le personnel est soumis au régime de la fonction publique, de même que le régime des biens suit les règles de la domanialité publique.

La situation est plus compliquée dans le cadre psychiatrique, où des établissements privés côtoient des établissements publics pour remplir la mission de prise en charge de personnes hospitalisées sous contrainte. Le régime de droit public auquel sont soumis les établissements publics de santé amène aux mêmes conclusions que pour l'administration pénitentiaire. Quant aux établissements privés, si l'on se replie sur la définition binaire du service public, on s'amende de la recherche de ce régime dérogatoire. On peut néanmoins oser, avec une certaine audace, une question : ne peut-on voir comme une prérogative de puissance publique la possibilité, donnée aux psychiatres exerçant dans ces établissements habilités, de décider d'enfermer un individu sans son consentement – et même alors que souvent il s'y oppose – ? En poussant encore plus avant le questionnement, la possibilité d'imposer à une personne des décisions restreignant ses libertés les plus fondamentales et les plus ressenties, à savoir l'atteinte à sa liberté d'aller et de venir, à son intégrité physique et psychique – notamment administration de médicaments forcée, placement en

¹⁷⁷⁶ P. ESPLUGAS, *Le service public*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2e éd., 2002, p. 47

¹⁷⁷⁷ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, LGDJ/EJA, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 80, 1994, p. 47

¹⁷⁷⁸ *Idem* pp. 71-72

¹⁷⁷⁹ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 30

chambre d'isolement, pose de contraintes mécaniques – ne peut-elle être analysée *via* le même prisme ? De même, on l'a vu, que les possibilités reconnues aux médecins exerçant dans ces structures de porter atteinte à tout un panel d'autres droits et libertés, notamment ceux touchant aux relations de la personne avec l'extérieur ? On retrouve pourtant bien, ici, les deux caractères fondamentaux de la prérogative de puissance publique, à savoir un pouvoir exorbitant par rapport à ceux éventuellement reconnus à un particulier, qui visent bien, dans ce contexte, un objet d'intérêt général. La question dérange et sans doute flirte-t-on là avec une lecture idéologique de l'hospitalisation sous contrainte psychiatrique. Une lecture qui pourrait paraître excessive. Le juge de 1978 la refusait¹⁷⁸⁰. Le professeur MODERNE semblait moins catégorique¹⁷⁸¹. Sans doute est-ce le but qu'on lit derrière ce terme qui amène à des interprétations différentes. La prérogative de puissance publique renvoie à la toute-puissance des pouvoirs publics contre l'individu ou en tout cas faisant peu de cas de lui, dans une lecture de premier degré. Or l'hospitalisation sous contrainte, doit mettre au premier plan la dimension d'aide à la personne, de soin, donc retourner le paradigme, si elle veut, dans le cas de l'HO, expliquer la différence faite avec une séquestration d'ordre policière ou judiciaire, ou, dans celui de l'HDT, pleinement se justifier : les médecins agissent pour le bien de la personne. Une lecture doctrinale plus dépassionnée, s'affranchissant de ces connotations, doit permettre d'ouvrir le débat, et, à sa suite, ouvrir aussi sur le rôle de la psychiatrie par rapport à la régulation sociale.

B · UN FONCTIONNEMENT RESPECTUEUX DES « LOIS DE ROLLAND », SOCLE AU COEUR DU FONCTIONNEMENT DES SERVICES PUBLICS¹⁷⁸²

Dès la fin de la guerre, on trouve par ailleurs le respect des trois principes constituant le coeur des lois de ROLLAND – principes de continuité (1), d'égalité devant les services publics (2) et de mutabilité (3) – imposé dans chacune des deux entités, psychiatrique et pénitentiaire¹⁷⁸³. Cette trilogie établie, dans les années trente, par Louis ROLLAND constitue en effet « [...] *le socle commun à tous les services publics censé guider et encadrer leur fonctionnement* [...] »¹⁷⁸⁴, dans l'objectif final, en parfaite symbiose avec l'essence-même des services publics, « [...] *de satisfaire au mieux l'intérêt général*. »¹⁷⁸⁵. Dégagés comme une constante présente dans les services publics et plus encore, comme des « *lois de nature* »¹⁷⁸⁶ au sens de principes consubstantiels à tout service public, de « *rapports nécessaires qui résultent de la nature des choses* »¹⁷⁸⁷, leur existence dans les

¹⁷⁸⁰ Tr. Cflits, 6/11/1978, « *BERNARDI c/ Association hospitalière Sainte-Marie* », req. n° 2.087, *RTDSS*, 1979, pp. 91-96, note F. MODERNE

¹⁷⁸¹ Note sous arrêt préc. « *BERNARDI c/ Association hospitalière Sainte-Marie* », op. cit., 1979, pp. 91-96

¹⁷⁸² Pour l'étude de ces différents principes, la présente analyse s'est cantonnée à les aborder sous l'angle des usagers, dimension la plus évidente et la plus parlante, et non spécifiquement sous l'angle des personnels ou des partenaires potentiels de l'administration (fournisseurs, cocontractants etc.), à moins que ces aspects n'entraînent de conséquences directes sur le rapport du service à l'utilisateur comme c'est le cas pour l'encadrement du droit de grève. L'exhaustivité, en étendant l'analyse à l'ensemble des facettes que l'application de chaque principe recouvre à l'égard de ces multiples acteurs, aurait en effet fortement alourdi le propos sans forcément lui apporter un gain qualitatif substantiel par rapport à la démonstration recherchée ici.

¹⁷⁸³ Nous ne prendrons ici que des exemples, -les plus parlants-, des manifestations du respect de ce principe de continuité par les deux institutions étudiées, sans entreprendre une étude exhaustive de toutes les implications de ce principe sur le fonctionnement de l'institution. Il s'agit en effet moins pour nous, ici, de démontrer que ces deux institutions étaient des services publics complets avant la lettre, que de souligner qu'elles en portaient déjà les prémisses, ce qui suffit pour étayer notre démonstration. Démontrer de manière exhaustive que les services publics pénitentiaires comme hospitaliers existent de fait avant leur reconnaissance par la loi, en retrouvant les marques du respect de chaque principe de la trilogie des lois du service public justifierait des travaux de recherche autonomes. Il s'agit donc généralement de mesures ou modes de fonctionnement ayant un impact direct sur les usagers ; l'étude du droit de grève comme des pouvoirs de chef de service et du pouvoir d'édiction d'actes administratifs unilatéraux rentrent directement dans cette optique.

¹⁷⁸⁴ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, n°6, p. 1219

¹⁷⁸⁵ P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 35

¹⁷⁸⁶ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 272

¹⁷⁸⁷ MONTESQUIEU, cité par J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 272

deux institutions étudiées peut être interprétée comme une volonté, dès l'après-guerre, et avant leur acquisition officielle du titre de service public par la loi, de considérer ces deux entités comme des services publics, ou en tout cas comme des services qui doivent se plier aux mêmes contraintes d'accomplissement d'une prestation essentielle à l'égard de la société ou de ses membres pris individuellement.

§ 1. Le principe de continuité

Le principe de continuité est défini par Louis ROLLAND comme la nécessité pour les services publics de « [...] *fonctionner sans heurts, sans à-coups, sans arrêt* [...] ». Entrant dans le droit administratif en tant que principe général du droit – il serait même la première manifestation de cette catégorie de règles juridiques « découvertes » par la jurisprudence¹⁷⁸⁸ – à la faveur de l'arrêt « *WINKELL* » du 7 août 1909, il prendra grade de principe de valeur constitutionnelle suite à la décision du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1979.

Même avant leur qualification par la loi de services publics, le principe de continuité était un principe de fonctionnement intrinsèque aux deux institutions étudiées ici. Les deux fondements possibles dégagés par Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT et Claudie BOITEAU peuvent être mobilisés ici. En effet, la continuité du service pénitentiaire se justifie sur la nécessaire continuité de l'action de l'Etat dans le champ de ses compétences souveraines ; oublier cette continuité de service dans ces domaines, « [...] *ce serait consacrer [...] la notion d'un Etat à éclipses* [...] », une position « [...] *radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public* »¹⁷⁸⁹ comme le signifiait le Commissaire du Gouvernement François GAZIER dans ses conclusions sur l'arrêt « *DEHAENE* ». Les auteurs du manuel sur les « Grands services publics » vont même plus loin : « [...] *sans continuité de l'Etat, il n'y a plus d'Etat.* »¹⁷⁹⁰. L'institution psychiatrique s'appuie davantage, en regard, sur la nécessaire satisfaction de besoins des usagers, des besoins *a priori* essentiels pour eux, sur un plan individuel ou collectif¹⁷⁹¹. Le principe de continuité était en effet une obligation respectée de manière spontanée par les professionnels médicaux et l'hôpital avant qu'il ne soit inscrit dans la loi. Il appartenait à la déontologie médicale d'assurer la continuité dans la délivrance des soins¹⁷⁹² comme de répondre à l'urgence¹⁷⁹³.

La régularité et la permanence exigée ainsi des services publics, à géométrie variable en fonction de la mission du service considéré, comportait ici la contrainte maximale, chacune des deux institutions se devant de fonctionner sans interruption temporelle. Comment imaginer, en effet, un établissement accueillant de véritables pensionnaires à temps plein ne pas fonctionner en continu pour assurer, certes la sécurité, mais aussi les activités de base quotidiennes nécessaires à la survie de l'individu ? La mission de ces établissements leur enjoignait également de recevoir nuit comme jour tout arrivant¹⁷⁹⁴ ; étant donné cette exigence, il est très vraisemblable que, dans la même logique, la même contrainte d'accueil atemporel s'impose pour les jours fériés, et les dimanches.

¹⁷⁸⁸ Thèse de Raymond ODENT dans son *Cours de droit administratif*, 1980, p. 1710 (cf. P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op.cit., 1994, p. 158)

¹⁷⁸⁹ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 277

¹⁷⁹⁰ *Idem*, p. 276

¹⁷⁹¹ Quoiqu'il faille bien relever le caractère un peu artificiel de cette dichotomie : l'institution pénitentiaire n'a pas pour mission première une prestation envers son usager. Elle se doit néanmoins de le prendre en charge au quotidien tout le temps de son incarcération et, dans ce cadre, doit lui fournir un certain nombre de prestations justifiant continuité du service (cf. *infra*).

¹⁷⁹² Au sens de l'absence d'interruption dans ce service à la personne malade, et non dans son acception connexe actuelle de « continuité des soins » qui sous-entend le « passage de témoin » entre professionnels de santé dans le cadre de changements de structures et/ou de mode de prise en charge.. Cf., à ce sujet, l'article 23 du Code de déontologie médicale du 27 juin 1947

¹⁷⁹³ Code de déontologie médicale du 27 juin 1947, notamment article 3 et, par déduction *a contrario*, article 27

¹⁷⁹⁴ Article 136 du « règlement modèle du service intérieur des Hôpitaux Psychiatriques » annexé à l'arrêté du 5 février 1938, reprenant l'article 116 du « Règlement intérieur modèle des asiles d'aliénés » annexé à la circulaire du 20 mars 1857 « portant envoi d'un règlement du service intérieur des asiles d'aliénés »

Eu égard à ces contraintes, le droit de grève, nouvellement reconnu par le Préambule de 1946, devait nécessairement être limité voire interdit aux agents de ces établissements. En conséquence, l'ordonnance du 6 août 1958¹⁷⁹⁵ portant statut spécial pour les agents de la fonction publique travaillant dans les établissements pénitentiaires pose en son article 3 interdiction formelle de « [t]oute cessation concertée du service ou tout acte collectif d'indiscipline caractérisée [...] ». Quant aux établissements psychiatriques appartenant au service hospitalier, la règle y est moins stricte puisqu'elle se contente de leur imposer l'organisation d'un service minimum, conciliant ainsi droit de grève des agents d'une part et sécurité et survie des patients enfermés d'autre part. Un régime encadré à la fois par la jurisprudence et par des textes réglementaires, comme il se doit en absence de textes législatifs¹⁷⁹⁶ : le Conseil d'Etat dans l'arrêt « *DEHAENE* » précise bien que le silence du législateur ne doit pas empêcher « [...] les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public » et que, dès lors, « [...] en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations »¹⁷⁹⁷. Le ministre de la santé a ainsi pris dans cette optique une circulaire datée du 26 mai 1967.

Selon Jean-François LACHAUME, Hélène PAULIAT et Claudie BOITEAU, on doit lire également dans le mécanisme du pouvoir réglementaire conféré, depuis l'arrêt « *JAMART* »¹⁷⁹⁸, au chef de service pour l'organisation de l'entité sous sa direction, une manifestation du principe de continuité : par cette création prétorienne, le Conseil d'Etat a souhaité faire preuve de pragmatisme et que, quoi qu'il arrive, le fonctionnement du service ne soit jamais bloqué. Pour ce faire, remettre le pouvoir d'organisation aux personnes directement au contact du service et des difficultés quotidiennes qu'il peut rencontrer permet des réponses rapides de la part des encadrants. Et, complément nécessaire, l'exigence d'obéissance hiérarchique de l'agent à son supérieur travaille à ce même fonctionnement fluide et efficace ; des rapports internes au personnel des deux administrations que nous avons été amenés à étudier précédemment.

§ 2. Le principe d'égalité, un principe à double visage

A titre général, le principe d'égalité devant les services publics, « *projection* »¹⁷⁹⁹ du principe général d'égalité devant la loi posé par l'article 1er de la DDHC, est appliqué par le Conseil d'Etat dès 1911 dans un arrêt « *CHOMEL* »¹⁸⁰⁰. Il renvoie à « [...] l'idée d'égalité devant le service rendu par l'administration [...] »¹⁸⁰¹, au droit qu'a tout citoyen, placé dans une position d'égalité par rapport à la masse des administrés, à obtenir un certain nombre de prestations jugées essentielles par l'Etat selon ses besoins. La Haute juridiction préfère cependant l'expression de « *principe d'égalité qui régit le fonctionnement du service public* » lorsqu'elle consacre ledit principe en principe général du droit dans son arrêt du 9 mars 1951 « *Société des concerts du Conservatoire* ». Le Conseil Constitutionnel n'a pas encore, pour sa part, reconnu directement ce prolongement du principe d'égalité devant la loi, mais son affirmation de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant la loi¹⁸⁰² allié à sa reconnaissance de la valeur constitutionnelle de l'égalité « *devant certains services publics* »¹⁸⁰³ ou « *de certains aspects des services publics* »¹⁸⁰⁴ amène Pierre

¹⁷⁹⁵ Ordonnance n°58-696 du 6 août 1958 « relative au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire »

¹⁷⁹⁶ L'alinéa 7 du Préambule de 1946 énonce en effet que « [l]e droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

¹⁷⁹⁷ Arrêt CE Ass., 7/7/1950, « *Sieur DEHAENE* », req. n° 01645, *Rec. Lebon*, 1950, p. 426

¹⁷⁹⁸ Arrêt CE, 7/2/1936, « *JAMART* », préc.

¹⁷⁹⁹ P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 29

¹⁸⁰⁰ CE, 29/12/1911, « *CHOMEL* », req. n° 31.953, *Rec. Lebon*, 1911, pp. 1265-1266

¹⁸⁰¹ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 335

¹⁸⁰² Décision Conseil constitutionnel, n° 73-51 DC, 27/12/1973, « *Taxation d'office* », *Recueil des décisions du CC*, 1973, pp. 25-26

¹⁸⁰³ Expression empruntée à Pierre ESPLUGAS, dans *Conseil Constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 167. Il s'agit, par exemple, des services publics de la Justice (décisions n° 75-56 DC du 23/7/1975 « *Loi modifiant et*

ESPLUGAS à penser que le Conseil « [...] considère sans aucun doute ce principe comme un principe à valeur constitutionnelle [...] »¹⁸⁰⁵ malgré ce refus d'affirmation expresse encore d'actualité.

La doctrine reconnaît deux branches pour l'application de cette égalité devant les services publics : il s'agit, d'une part, de l'égalité à l'accès à ces services (a), d'autre part, de l'égalité face à eux dans le cadre de leur usage même par le public, « [...] devant la prestation et les avantages procurés par le service, mais également devant les charges qu'il impose » pour reprendre les termes de Monsieur LACHAUME et de Mesdames BOITEAU et PAULIAT¹⁸⁰⁶ (b). Dans les deux cas, c'est généralement la conception de l'égalité effective, celle formelle, qui s'applique, une égalité qui « [...] exclut les préférences mais pas les différences »¹⁸⁰⁷, c'est à dire une égalité qui accepte de tenir compte des différences, et notamment de rétablir les inégalités de fait, mais uniquement si elles sont établies sur des critères objectifs. Il peut donc être tenu compte de la situation concrète des usagers pour résorber les avantages éventuels de certains et revenir à une égalité dite réelle.

◇ a) *L'égal accès au service public*

Jean du BOIS de GAUDUSSON analyse l'égalité dans le cadre de l'accès aux services publics, pris dans leur ensemble, comme une égalité par la loi, reposant sur le traitement des « candidats-usagers »¹⁸⁰⁸ à travers le prisme des textes normatifs posant les règles et conditions d'accès au service. Il s'agit d'un « [...] principe politique [...] »¹⁸⁰⁹ plutôt que théorique, et variable dans le temps : c'est la loi qui définira les inégalités de fait entraînant les différences de conditions d'accès des usagers et donc le rapport individuel du service à l'utilisateur, ouvrant, si l'on prend une vue d'ensemble de ces rapports individuels, sur une relation égalitaire entre tous les candidats-usagers et le service en question. Garde-fou oblige, d'une part, ce légalisme reste soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel, toujours apte, quand il est saisi, à déclarer inconstitutionnelles – ou ne les déclarant conformes que sous des réserves d'interprétation – des dispositions définissant des conditions d'accès à un service public qui ne respecteraient pas le principe de l'égalité entre les candidats-usagers ; d'autre part, le juge administratif se conserve la possibilité d'annuler des actes administratifs ne respectant pas le principe d'égalité dans l'accès au service public, en s'appuyant sur le principe d'égalité régissant les services publics.

Mais l'étude de l'égalité dans les conditions d'accès renvoie généralement à un choix par l'utilisateur d'utiliser la structure, l'égalité ne portant alors que la nécessité pour le service d'accueillir tout public sans discrimination. L'égalité aurait une dimension de droit individuel pour l'administré et potentiellement, une dimension revendicatrice.

En prison comme dans le cas des personnes hospitalisées sous contrainte, la donne de départ est donc faussée par la présentation du futur usager au service contre le gré du principal intéressé. Néanmoins, dès le début de la période considérée, on peut retrouver une manifestation du principe

complétant certaines dispositions de procédure pénale, spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale » ; n° 73-51 DC du 27/12/1973, « Taxation d'office » ; n° 80-127 DC des 19 et 20/1/1981, « Loi renforçant la sécurité des personnes » dite « loi Sécurité et libertés » ; n° 84-183 DC du 18/1/1985, « Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ») ou de l'Education Nationale (décisions n° 80-120 DC du 17/7/1980 « Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 » et n° 81-130 DC du 30/10/1981, « Loi portant abrogation de la loi n°80-564 du 21 juillet 1980 modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 et portant modification des articles 14 et 15 de ladite loi ») [toutes ces décisions sont disponibles en ligne sur le site du Conseil Constitutionnel].

¹⁸⁰⁴ Expression empruntée à Pierre ESPLUGAS, dans *Conseil Constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 168. Il s'agit par exemple des tarifs pratiqués (décision n° 79-107 DC du 12/7/1979 « Ponts à péage ») ou des ressources dont disposent ces services (décision n° 81-129 DC du 30/10/1981 « Loi portant dérogation au monopole d'Etat de la radiodiffusion », cons. 16 à 22) [remarque identique à la note précédente quant à la disponibilité de ces décisions en ligne].

¹⁸⁰⁵ P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit. 2002, p. 30

¹⁸⁰⁶ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 351

¹⁸⁰⁷ P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 30

¹⁸⁰⁸ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 345

¹⁸⁰⁹ *idem* p. 345

d'égalité dans l'appréhension objective du candidat, même non-consentant, par les institutions. Elle réside dans l'obligation d'accueil imposée par la loi aux institutions pénitentiaire d'une part, psychiatrique d'autre part, dès lors que les candidats répondent aux quelques critères d'accès : d'abord, être du ressort territorial de l'établissement psychiatrique ou de la maison d'arrêt¹⁸¹⁰ sollicités, et en outre, être porteur du document officiel, décision judiciaire pour les uns, arrêté préfectoral ou demande d'un tiers accompagnée d'un certificat médical constatant maladie et nécessité consécutive de tenir la personne enfermée dans une structure psychiatrique pour les autres.

◇ b) *L'application du principe d'égalité dans le fonctionnement du service public*

Quant à l'application du principe d'égalité dans le fonctionnement du service public, selon l'arrêt de référence du Conseil d'Etat « *DENOYEZ et CHORQUES* » sur l'égalité devant les services publics¹⁸¹¹, trois raisons peuvent justifier la création, par l'autorité administrative, de différences de régimes entre les usagers : une loi entraînant l'instauration de ces « *discriminations valables* »¹⁸¹² et que l'administration se doit d'appliquer, une différence de situation appréciable en lien avec l'objet du service et devant *a priori* reposer sur des critères objectifs, ou, enfin, « [...] *une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage* [...] »¹⁸¹³. Ceci dit, comme le rappellent les professeurs LACHAUME, BOITEAU et PAULIAT à la suite de Joël CARBAJO¹⁸¹⁴, aucun « *droit à la différence* »¹⁸¹⁵ n'est reconnu par principe aux usagers d'un même service public, ce n'est qu'une faculté de l'autorité public d'instaurer ce rétablissement de l'égalité réelle, une conception de l'égalité parmi d'autres.

L'application du principe d'égalité de traitement dans le cadre du fonctionnement des services publics impose donc un certain nombre de contraintes auxdits services. Il est cependant à relever qu'il reste loisible à chaque service de tenir compte ou non des différences de situations existant entre ses usagers. Juge administratif comme Conseil constitutionnel se refusent en effet à

¹⁸¹⁰ L'accueil en établissement pour peine, produit d'un jeu de considérations internes à l'administration pénitentiaire et à son fonctionnement d'ensemble nous semble devoir être rattaché à l'application du principe d'égalité dans le cadre du fonctionnement des services publics plutôt qu'à son application dans le cadre de l'accès à l'institution, tout détenu commençant sa détention en maison d'arrêt.

¹⁸¹¹ Dont on retrouve la logique par exemple dans l'avis plus récent du Conseil d'Etat du 24 /6/1993, « *Tarification de la SNCF* » à propos des tarifs à appliquer aux voyageurs du TGV Nord-Europe selon un nouveau concept de grilles de modulations tarifaires différentielles en fonction d'une part de la « *liaison* » utilisée par l'usager (Paris-Lille, Paris-Lens, Paris-Arras etc.) et d'autre part en fonction de la fréquentation prévue (modulation tarifaire selon l'heure et le jour de la semaine dite « *modulation temporelle* ») (Cf. Avis CE, Ass. générale (section des travaux publics) 24/6/1993, avis n°353.605, [en ligne], site du Conseil d'Etat)

¹⁸¹² P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 31

¹⁸¹³ CE, 10/5/1974, « *DENOYEZ et CHORQUES* ». Le Conseil Constitutionnel relevait pour sa part deux de ces trois raisons justificatives dans sa décision du 12/7/1979 « *Ponts à péage* », préc., l'intérêt général mis en lien avec les conditions d'exploitation de l'ouvrage et la prise en compte de « [...] *la situation particulière de certains usagers* [...] ». Cependant, selon Jean-François LACHAUME et ses deux co-auteurs s'appuyant eux-mêmes sur des autorités telles que François LUCHAIRE ou Jean-Eric SCHOETTL, cette instance semble ne plus admettre les inégalités fondées sur le seul argument de l'intérêt général. (Cf. J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, pp. 365-366 et renvoyant, entre autres, à F. LUCHAIRE, *RDP* 1982, pp. 1250 et s. et J.-E. SCHOETTL, « *IG et Constitution* », *EDCE* n° 50, pp. 375 et s. et surtout p. 382 ou encore M.-P. DESWARTE, « *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », *RFDC*, 1993, pp. 23 et s.). Pour une mise en application de la possibilité de différenciation appuyée sur une différence de situation appréciable en lien avec l'objet du service, cf. par exemple CE, 18/3/1994, « *Madame DEJONCKEERE et autres* », req. n°140870, *Rec. Lebon*, 1994, pp. 762 et s. (différence appuyée sur les ressources des familles pour établir les tarifs des repas dans des cantines scolaires et des prestations de centres de loisirs) ou, CE, 26/7/1996, « *Association Narbonne liberté 89* », req. n°130363 et 130450, *Rec. Lebon*, 1996, Tables, pp. 696 et s. (à propos des tarifs d'un service public de distribution de l'eau, en fonction du lieu d'habitation dans une commune)

¹⁸¹⁴ J. CARBAJO, « *Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public* », *AJDA*, 1981, pp. 178-179

¹⁸¹⁵ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 352. Cf. pour étayer cette thèse CE, 13/2/1970, « *Dame VIGAN, Sieur KRASNICK et autres et Syndicat national de l'enseignement supérieur* », req. n° 79.162, 79.247, 79.298, *Rec. Lebon*, 1970, pp. 110-113, précisément p. 112.

consacrer un « *droit à la différence* »¹⁸¹⁶ en ce domaine en faveur des usagers et ne posent cette possibilité qu'au titre de faculté reconnue aux services¹⁸¹⁷.

Sur ce plan, et dans le cadre de nos deux institutions étudiées ici, les règles posées dans le règlement intérieur de 1938 comme dans le Code de procédure pénale de 1958 instaurent normalement un régime égalitaire entre les usagers. Le règlement est le même pour tous théoriquement au sein de l'établissement, au détail près de la différence de régime entre les prévenus et les condamnés dans le cadre pénitentiaire ; dans cette seconde institution, il faut donc plutôt raisonner en termes de grandes catégories, légalement déterminées. A l'intérieur de ces grands ensembles, les seules différences permettant de justifier des droits de visites, des changements de pavillons en hôpital psychiatrique, des changements d'établissements voire des placements à l'isolement à titre de « faveur » dans le cadre pénitentiaire, des permissions de travailler ou de sorties dans les deux institutions s'appuient sur des considérations médicales ou pénales, des critères certes subjectifs dans la mesure où il s'agit de considérations au cas d'espèce, se focalisant beaucoup sur le comportement de la personne, et qui nécessitent forcément une interprétation par l'évaluateur, mais normalement objectivés.

Ceci pour l'aspect théorique des textes, celui qui nous intéresse ici en tant que révélateur de la volonté d'instaurer un régime aux lois proches de celles des services publics ; mais oublier d'évoquer les disparités de conditions de vie réelles serait omettre de mentionner une relativisation importante de la réalité de ce principe d'égalité. Sans doute est-ce à l'intérieur de l'hôpital psychiatrique et de sa gestion en pavillons qu'il faut le plus avoir foi en la force d'assertion de la loi pour considérer que l'égalité règne, même eu égard à la profondeur des disparités de traitement entre pavillons. Certes, à situation médicale différente, traitement différent. Pourtant, l'entendement se cabre lorsqu'il s'agit de faire admettre par ce biais la justification des conditions de vie particulièrement inhumaines, heureusement non généralisées à tous. Premières inégalités auxquelles se rajoutent toutes celles déjà présentes dans l'institution dans le cadre de la vie quotidienne. Il faut néanmoins relever à ce niveau le terme posé, avec l'avènement de l'Assurance maladie au sein de la Sécurité sociale, au système des malades payants. Un système qui instaurait, rappelons-le, d'importantes disparités de traitements entre les patients au sein de l'hôpital, les plus argentés bénéficiant de douceurs ramenant leur vie quotidienne à un niveau plus acceptable que les aliénés indigents. L'instauration de cette inégalité était entérinée par les règlements internes des hôpitaux ; y répond le nouveau Préambule de 1946 qui vient affirmer, dans son alinéa 11, la garantie « [...] à tous [...] » de « [...] la protection de la santé », ce qui sous-entend accès et égalité de traitement par rapport à la délivrance des soins. La mort de ce mécanisme de rétribution n'a certes pas signé définitivement les inégalités sociales : du fait des inégalités sur un plan social et purement individuel, offrant à certains, sous réserve de l'acceptation du psychiatre, davantage d'entourage affectif par exemple, des cadeaux venant de l'extérieur leur permettant, là encore, d'adoucir leur temps d'internement, tandis que d'autres restent inexorablement seuls. De même, le schisme qui s'opérait au sein des hôpitaux psychiatriques entre personnes argentées et indigentes a pu glisser et se recaler en partie sur la séparation entre hôpitaux publics et toute une catégorie de cliniques privées plus luxueuses. Néanmoins, le régime des hôpitaux psychiatriques revêt ainsi une apparence d'esprit républicain.

Il en va de même pour les établissements pénitentiaires où, aux criantes disparités dans les conditions de vie, assises principalement sur les différences socio-économiques des prisonniers à

¹⁸¹⁶ Expression utilisée par J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics, op. cit.*, 2000, p. 353. Cf., par exemple, les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20/11/1964, « *Ville de Nanterre* » (req. n°57.435, *Rec. Lebon*, 1964, p. 563), qui rappelle qu'un traitement différencié peut-être instauré entre catégories d'usagers mais ne s'impose pas ; mais que, par contre, une stricte égalité objective doit être respectée sur le plan de l'accès au service. De même, dans son rapport sur l'égalité, le Conseil d'Etat, s'interrogeant sur la création d'une obligation pour l'administration de tenir compte des différences de situation, y répond par la négative (CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n°48, 1997, p. 92).

¹⁸¹⁷ Arrêt CE Ass., 28/3/1997, « *Société BAXTER et autres* », *RFDA* 1997, pp. 450 et s, concl. J.-Cl. BONICHOT, note F. MELIN-SOUCRAMANIEN et décision Conseil constitutionnel, n° 79-107 DC du 12/7/1979 « *Ponts à péage* », préc. où la nature de faculté et non d'obligation de l'instauration de différences peut être déduite *a contrario* de l'affirmation, dans son 4e considérant par le Conseil, que « [...] il n[e] résulte pas [du principe d'égalité devant la loi] que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ».

l'extérieur et/ou à leur aura – obtenue y compris par la violence – sur les plus faibles, viennent s'ajouter les disparités de régimes entre établissements, plus profondes et diversifiées que ce que la loi instaure théoriquement dans le Code de Procédure Pénale.

§ 3. Le principe de mutabilité

Quant au principe d'adaptabilité – appelé également, selon les auteurs, principe « *de mutabilité* »¹⁸¹⁸, d'« *évolution* »¹⁸¹⁹ ou de « *fonctionnement efficace* »¹⁸²⁰ –, il s'agit de « [...] répercuter dans [l'] organisation [du service] et dans son fonctionnement les variations et les évolutions affectant l'intérêt général et l'environnement juridique, économique et social dans lequel vit tout ce service public. »¹⁸²¹. Sa définition se corréle donc à celle du but assigné à tout service public – la satisfaction de l'intérêt général –, à tel point que « [...] l'évolution de l'intérêt général dans le temps fait [tout simplement] naître, vivre et mourir les services publics [...] »¹⁸²² et que l'on doit tirer la même conclusion de l'ajustement aux fluctuations de l'intérêt général dans l'espace. Se rajoute à ce duo, la nécessité de tenir compte des évolutions des instruments et techniques utilisés par ledit service, qu'il s'agisse de règles juridiques, de technologies, de techniques financières etc. L'idée est donc de mettre en correspondance le fonctionnement du service avec tous ces paramètres afin d'aboutir à une efficacité toujours optimale et de se rapprocher le plus possible de l'objectif originel – la satisfaction de l'intérêt général – ; d'adapter pour ce faire moyens humains et matériels comme règles adoptées au sein du service. Comme le résume, de manière limpide, les Professeurs LACHAUME, PAULIAT et BOITEAU, « [...] ce principe [...] constitue un toilettage constant des services publics [...] »¹⁸²³. Un toilettage qui reste de la compétence discrétionnaire des pouvoirs publics et autorités en charge du service, ce qui signifie une absence de prise en compte, en général, de l'avis des usagers qui se voient imposer les changements opérés. Or, autorités administratives et usagers n'ont pas forcément la même vision de l'intérêt général, seule motivation de ces changements, ne s'appuyant pas sur les mêmes paramètres.

Reste que, dans le cadre général du service public, il n'existe, pour ainsi dire, pas de jurisprudence significative constitutionnelle ou administrative relative à la valeur juridique de ce principe. La doctrine s'appuie donc sur des indices et des déductions pour lui reconnaître une indéniable valeur juridique. Jean-François LACHAUME et ses deux co-auteurs déduisent cette nécessité de sa réalité de « [...] source d'obligations juridiques » ainsi que de droits « pour les différents partenaires du service public »¹⁸²⁴ – usagers, agents, co-contractants. Une inscription dans le droit positif qui vaut aussi pour l'administration elle-même et les autorités en charge du service, pour lesquelles l'adaptation aux évolutions de l'intérêt général et aux changements de circonstances de droit comme de fait est à la fois une véritable sujétion, mettant en cause leur responsabilité administrative, et à l'origine de nombre de prérogatives de puissance publique. La valeur juridique prend alors, chez ces auteurs, la nature d'un principe général du droit. Pierre ESPLUGAS va plus loin en lui conférant même la valeur constitutionnelle, s'appuyant, entre autres, sur le fait que l'adaptation du service public est une condition à une effectivité « *entière et satisfaisante* »¹⁸²⁵ de ces services, sur un possible rattachement de ce principe à la catégorie des « principes de valeur constitutionnelle » eu égard à la nécessité de son existence en tant que principe de fonctionnement des services publics ou encore sur la supériorité de sa valeur par

¹⁸¹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 1999 (13e éd.), p. 576, n° 776 et s. ; J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris PUF, coll. « Que Sais-Je? », n° 2359, (5e éd. refondue) 2003, p. 96 ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien/Lextenso éditions, coll. « Domat droit public », 2008 (5e éd), p. 237

¹⁸¹⁹ Ch. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*. Tome 2 : L'action et le contrôle de l'administration, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1992, p. 48

¹⁸²⁰ A. DEMICHEL, *Droit administratif*, LGDJ, 1978, p. 99

¹⁸²¹ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 309

¹⁸²² *Idem* p. 309

¹⁸²³ *Idem* p. 310

¹⁸²⁴ *Idem* p. 311

¹⁸²⁵ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 174

rapport à des principes législatifs¹⁸²⁶.

Le principe d'adaptation entraîne, dans tous les cas, un certain nombre de droits et sujétions à l'encontre des usagers et plus largement des partenaires du service public. En se focalisant, là encore, uniquement sur les implications entraînées pour les usagers, il faut relever l'absence de droit acquis au maintien d'un service public et l'absence de droit acquis au maintien d'un régime juridique particulier dans le cadre d'un service public – qui sous-entend le pouvoir laissé à l'administration ou au gestionnaire du service de modifier, unilatéralement, le règlement, les conditions d'accès, les horaires, mais aussi les types de prestation, voire même le mode de gestion du service. Dans les services publics administratifs, l'usager étant placé dans une situation légale et réglementaire par rapport au service n'a pas voix pour négocier, il « [...] *subit la loi du service* [...] »¹⁸²⁷. Par contre, il bénéficie de quelques droits en retour : celui au fonctionnement normal du service le temps de l'existence de ce dernier, qui commence par un droit d'accès normal à ce service¹⁸²⁸, et celui « [...] *au fonctionnement juridique régulier* »¹⁸²⁹ du service. Dans le cadre du premier, la normalité est devenu un standard jurisprudentiel évalué par le juge au cas d'espèce, en fonction de paramètres contextuels très variés (des éléments de temps, de lieu, sociaux, économiques, culturels etc.). Quant au second, il s'agit de replacer le fonctionnement juridique du service dans le cadre normatif plus général existant en France et en constante évolution, et de s'assurer que le service en cause respecte toujours toutes les règles hiérarchiquement supérieures qui peuvent avoir un impact sur son fonctionnement. Ce qui sous-entend des adaptations en ricochet du fonctionnement et des règles du service suite aux modifications ou à l'édiction de nouveaux textes supérieurs. L'usager a ainsi aussi le droit de se réclamer de toute règle nouvellement applicable par le service et même d'exiger que les mesures permettant son applicabilité soient prises dans un délai raisonnable de même qu'il peut demander la mise en conformité d'un texte régissant le service devenu illégal¹⁸³⁰ ou encore l'adaptation des règles de droit en vigueur aux changements des circonstances de fait¹⁸³¹.

En réalité, comme le fait remarquer Pierre ESPLUGAS, ce principe « [...] *semble résulter de la nature même du service : celui-ci étant fondé sur la satisfaction de l'intérêt général, la modification de ce but conduit en toute logique le service [...] à changer lui-même.* »¹⁸³². Tel semble être la situation dans les services psychiatrique et pénitentiaire, même non encore estampillés du label de « service public ». Leur objectif fondateur de satisfaction de l'intérêt général, peu discutable on l'a évoqué, amène les deux institutions à évoluer en profondeur sur la manière de traiter leurs usagers, conséquence de l'évolution des mentalités et de la réflexion portée sur la folie d'une part, sur la peine de l'autre. Il devient, après 1945, de l'intérêt général de permettre au malade mental et au délinquant de se réinsérer dans la société, les avancées pharmacologiques et techniques rendant l'idée réalisable. Sont prises en conséquence les mesures autant matérielles et techniques que normatives pour mettre en oeuvre, au sein de chaque service ou établissement, les réformes adoptées dans cette optique. A titre d'exemple, on peut relever les transformations internes à l'institution visant à mettre en place et à diffuser le concept d'ergothérapie, l'adaptation et la formation du personnel, l'intégration par lui de ces changements l'amenant à changer ses pratiques de soin, de prescriptions etc. pour le domaine psychiatrique ; les mesures d'application concrètes des nouvelles règles passées au fil des réformes pénitentiaires concernant un plus grand

¹⁸²⁶ P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit., 1994, pp. 173-175. Cette position de Pierre ESPLUGAS est plus affirmative, mais va dans le sens des auteurs précités, qui semblent également partisans de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à ce principe.

¹⁸²⁷ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 316

¹⁸²⁸ Arrêt CE, 25/6/1969, « VINCENT »

¹⁸²⁹ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 321

¹⁸³⁰ CE, 10/1/1930, « DESPUJOL », req. n° 97263 et 05822, *Rec. Lebon*, 1930, p. 30

¹⁸³¹ Conjonction des arrêts CE, 10/1/1930, « DESPUJOL », préc. et CE Ass, 10/1/1964, « *Ministre de l'Agriculture c/ SIMONNET* » (*Rec. Lebon*, 1964, p. 19) et du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 « concernant les relations entre l'administration et les usagers ». Une solution particulière est réservée pour les changements dans les circonstances économiques, pour lesquelles la modification doit prendre l'ampleur d'un véritable bouleversement pour ouvrir à l'usager le même droit à exiger l'adaptation du règlement du service au changement (cf. CE, Ass., 10/1/1964, « *Ministre de l'Agriculture c/ SIMONNET* »).

¹⁸³² P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 34

respect des droits fondamentaux des détenus, la mise en place d'établissements différenciés parmi les établissements pour peines suite à la création de centres de détention, avec ses corollaires en termes de régimes différenciés dans chacun, pour le milieu pénitentiaire.

Tous les indices convergent donc vers une démonstration de la nature intrinsèque incontestable de service public des deux anciennes institutions totales, qui s'affiche désormais avec une relative évidence avant même leur reconnaissance par la loi. La situation s'est ainsi renversée : de services publics escamotés et corrompus par le paradigme totalitaire, ces services redeviennent d'abord des services publics. L'achèvement de cette évolution amène à faire ressortir l'aspect janusien de ce glissement de paradigmes : d'un modèle ontologiquement en délicatesse avec les valeurs de la société libérale et de l'Etat de Droit, les institutions passent à un modèle par essence respectueux de ces mêmes valeurs...mais qu'elles ne peuvent se retenir d'accommoder.

II. LES SERVICES PUBLICS PENITENTIAIRE ET PSYCHIATRIQUE AUJOURD'HUI : DES INSTITUTIONS AUX REMINISCENCES D'INSTITUTIONS TOTALES, PARFOIS TOTALITAIRES

Institution psychiatrique et institution pénitentiaire ont adopté officiellement, par détermination de la loi, la forme juridique du service public (A). Elles n'en restent pas moins deux institutions construites autour de la privation de liberté, principalement de l'enfermement. Héritiers des institutions totales qui les ont précédés, ces deux services publics en conservent des relents parfois totalitaires, que leur forme juridique banalisée permet de maquiller (B).

A · LES DEUX ACTUELS SERVICES PUBLICS

Reconnues officiellement comme des services publics par des textes législatifs respectivement en 1970 et 1987 (1), ces deux institutions sont tenues, désormais, de respecter les lois de ROLLAND. Ainsi, ce qui n'était, jusqu'alors, qu'un signe de rapprochement avec le paradigme du service public devient leur colonne vertébrale juridique en terme de fonctionnement de ces institutions (2).

§ 1. Deux services publics par détermination de la loi

A l'heure actuelle, la situation devient relativement simple : chacune de ces deux entités a été reconnue par la loi comme un service public. Cette limpidité est, en tout cas, de mise pour le service public pénitentiaire, déclaré comme tel par le premier article de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 « relative au service public pénitentiaire ». La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 confirme cette situation¹⁸³³. La réalité est un peu plus complexe que cette simple assertion concernant ce que nous appellerons le « service public psychiatrique » par facilité de langage. En effet, officiellement, seul le service public hospitalier a été reconnu, par détermination de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 « portant réforme hospitalière ». Cependant, la psychiatrie appartient, à part entière, à la discipline médicale, dont elle n'est qu'une spécialité. En conséquence, et bien que son organisation administrative, fondée aujourd'hui sur la sectorisation psychiatrique, dénote par rapport à l'organisation sanitaire générale – elle est néanmoins intégrée au schéma régional d'organisation anciennement « sanitaire », aujourd'hui « des soins » (articles L. 1434-8 à L. 1434-11 CSP) –, un pan du service hospitalier lui est consacré, au même titre que les autres spécialités. Elle a, en conséquence, été affectée de la même manière que les autres champs médicaux par la loi « HPST » faisant disparaître du Code de santé publique l'expression même de « service public hospitalier » pour le remplacer par la notion de « mission de service public ». Ceci dit, cette modification paraît de pure forme, les missions de service public constituant, en réalité, le

¹⁸³³ Article 3 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

service public hospitalier, et n'ayant, elles-mêmes, pas réellement été modifiées par rapport au texte de 1970 : la nouvelle liste de ces missions de service public hospitalières figurant à l'article L. 6112-1 CSP est simplement plus précise que la précédente et fait apparaître explicitement la « *prise en charge des personnes hospitalisées sans leur consentement* »¹⁸³⁴ parmi ses éléments. En conséquence, le maintien d'un service public psychiatrique peut être reconnu et servir de base à nos développements à venir.

Il reste malgré tout intéressant de souligner la continuité de constitution de ces deux services qui conservent tous les caractères constitutifs du faisceau d'indices et seraient demeurés dotés du « *label de service public* » même sans ces qualifications législatives. La seule modification, sans conséquences sur ce statut de service public, a été opérée, dans le cadre psychiatrique, par la loi du 27 juin 1990 qui a transformé l'autorisation donnée par le représentant de l'Etat dans le département en habilitation décernée à l'établissement demandeur¹⁸³⁵. Une simple exigence intellectuelle – porteuse de sens dans la mesure où l'habilitation sous-entend, pour le juriste, tout un régime juridique propre et a donc beaucoup plus de signification que le terme plus flou d'autorisation – qui ramène la loi sur les personnes hospitalisées sous contrainte au vocabulaire spécifique utilisé en droit des services publics pour qualifier ce type de dévolution de compétences.

Il est sans conteste, pour terminer, que, dans les deux cas, il s'agisse de services publics administratifs eu égard à la nature de leurs activités. Ce qui a été reconnu, par la jurisprudence, pour le service public hospitalier¹⁸³⁶, est établi, *a contrario*, pour le service public pénitentiaire, « [...] *étant donné l'absence évidente de tout caractère industriel et commercial de l'activité* [...] »¹⁸³⁷, comme l'explique Monsieur PECHILLON qui s'appuie, en premier lieu, sur les conclusions du commissaire du Gouvernement MARTIN¹⁸³⁸, sur une affaire traitée le 10 mai 1993 devant le tribunal des Conflits, « *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris* » exposant le rejet formel du caractère industriel et commercial pour un contrat passé entre une entreprise privée et la RIEP¹⁸³⁹ au motif, précisément, « [...] *qu'il s'agissait d'un contrat administratif du fait des activités de l'administration pénitentiaire* [...] »¹⁸⁴⁰. Il s'appuie également, en second lieu, sur l'essence de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière qui semble considérer que « [...] *la prison est un service public administratif du fait que les missions qui lui sont confiées ne lui permettent pas d'être assimilées à une autre catégorie de service public.* »¹⁸⁴¹

§ 2. L'application des « lois de ROLLAND », dans la continuité de la période antérieure

En tant que services publics avérés, il ne s'agit plus, cette fois, de rechercher les indices d'une application des trois lois de ROLLAND comme preuve d'allégeance au système conceptuel du service public, ce qui a été démontré dans les pages précédentes, mais d'en constater l'application ou les carences, la trilogie étant un principe de fonctionnement obligatoire de ce système. La continuité entre la période antérieure et celle postérieure à la qualification par la loi des deux institutions en services publics, que ce soit concernant le principe de continuité (a), celui d'égalité (b) ou celui de mutabilité (c), souligne, encore une fois, à quel point cette détermination législative n'est qu'une officialisation d'un modèle déjà parfaitement ancré dans le fonctionnement et la réalité

¹⁸³⁴ 11° de l'article L. 6112-1 CSP

¹⁸³⁵ Article L. 331 modifié du CSP devenu l'article L. 3222-1 CSP

¹⁸³⁶ Cf. CE, 30/3/1984, « *Hôpital-hospice de Mayenne c/ BARAS* », req. n°24.621, Rec. Lebon, 1984, p. 142 ; Tr. Cflits., 12/1/1987, « *Madame LAUNAY c/ Assistance publique de Paris* », req. n°02.436, Rec. Lebon, 1987, pp. 443-444, AJDA, 1987, pp. 427-428, note J. MOREAU ; RDSS, 1987, pp. 416-421, concl. J. MASSOT. Le Tribunal des conflits affirme clairement dans cette décision que « [...] *le malade hébergé dans un hôpital public est un usager d'un service public administratif* ; [...] ».

¹⁸³⁷ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 30, p. 115

¹⁸³⁸ Conclusions inédites.

¹⁸³⁹ Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires

¹⁸⁴⁰ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 115, note 22

¹⁸⁴¹ *idem* p. 115

de ces services. Mais, progressant au rythme de la théorie des services publics et de ses nouvelles exigences, ces deux institutions-services publics se voient adjoindre, et appliquent en conséquence, le principe de neutralité (d).

Un dernier principe est régulièrement évoqué par la doctrine, pour être aujourd'hui, généralement exclu du corps des principes généraux régissant le fonctionnement des services publics¹⁸⁴² : le principe de gratuité. Il demeure, comme le soulignent Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, un principe « [...] à géométrie variable »¹⁸⁴³, « [...] présenté [...] sous la forme d'un principe incertain et aléatoire du droit des services publics [...] »¹⁸⁴⁴ mais qui « [...] ne saurait constituer un principe juridique. »¹⁸⁴⁵. Pourtant, son étude est incontournable à un autre titre : la gratuité renvoie aux enjeux fondamentaux sous-tendant le service public et ses finalités (e).¹⁸⁴⁶

◇ a) *Le principe de continuité*

A propos du principe de continuité, Jean-François LACHAUME et ses deux co-auteurs rappellent que peu de notions du droit administratif, et notamment peu de prérogatives attribuées à l'administration, ne trouvent pas une justification directe et « [...] presque naturelle [...] »¹⁸⁴⁷ dans cette « [...] nécessaire continuité [...] »¹⁸⁴⁸ du service public. Nous avons déjà vu l'application spontanée de ce principe dans la période d'immédiate après-guerre ; la présente remarque ne fait que conforter la dimension de service public non-officiel des deux institutions avant leur qualification comme tel par la loi. Elle permet de relever aussi la constance du fonctionnement institutionnel à propos de la continuité imposée par le fonctionnement, nécessairement sans interruption, de deux structures accueillant des pensionnaires à temps plein. Sur ce plan, comme sur la part de fondement du pouvoir du chef de service tiré de ce principe ou sur les obligations entraînées pour l'autorité gestionnaire du service, la situation juridique persiste sans changement. Il reste une obligation, pour l'autorité compétente, d'édicter, dès que nécessaire, les actes, notamment des actes administratifs unilatéraux, visant à garantir la continuité du service public quelle que soit l'évolution de la conjoncture sociétale. Il est vrai par contre, que, dans le cadre hospitalier, le texte du 31 décembre 1970 définissant le service public hospitalier grave, désormais dans la loi, l'accueil sans interruption, l'obligation de donner réponse sanitaire à toute personne qui se présente, qu'il s'agisse d'urgences ou de demandes moins prégnantes et que la personne se présente de jour comme de nuit¹⁸⁴⁹. L'obligation est contraignante, puisque le site hospitalier sollicité ne peut se dégager de la requête pour impossibilité matérielle : il se doit, en ce cas, de faire admettre la personne dans un autre établissement du service public hospitalier à même de répondre à la demande¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴² Cf. sur ce consensus doctrinal les analyses des Professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, pp. 607-625 et particulièrement pp.607-608 et pp. 613-614 ou Virginie DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », op. cit., 2006, n°6, p. 1226. René CHAPUS exprime ainsi clairement que « [...] d'une façon générale, la gratuité n'est certainement pas au nombre des lois du service public. » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., 2001, p. 620), Yves GAUDEMET que « [...] point est unanimement admis et d'ailleurs constamment vérifié par la pratique : la gratuité [...] n'est pas un principe général du service public. [...] » (Y. GAUDEMET, « Sur la gratuité des services publics administratifs (conseil d'Etat, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens c. ministre chargé des Transports*) », *RDP*, 1989, « Note de jurisprudence », p. 1464)

¹⁸⁴³ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, p. 607

¹⁸⁴⁴ *idem* p. 608

¹⁸⁴⁵ *idem* p. 619

¹⁸⁴⁶ Quant aux principes de transparence, de qualité et de participation, qualifiés par un certain nombre d'auteurs de nouveaux principes du service public, nous avons choisi, pour notre part, de les traiter en tant que droit du citoyen administratif. En effet, le statut de « lois du service public » leur est encore très contesté par la doctrine, et, par contre, ils peuvent tous trois être regardés sous un autre visage, permettant des conclusions fort intéressantes quant à l'étude de l'institution « service-public » : ce sont tous trois des droits potentiels de l'usager du service public, dont la reconnaissance progressive augure de l'avenir de l'institution. Il nous a donc semblé plus porteur de les traiter *infra*, dans le cadre de l'étude des droits de l'individu au sein des institutions étudiées (cf. pp. 655 et s.).

¹⁸⁴⁷ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 281

¹⁸⁴⁸ *idem* p. 281

¹⁸⁴⁹ Article 3 de la loi du 31 décembre 1970, devenu l'ancien article L. 6112-2 CSP.

¹⁸⁵⁰ *Idem*

La « permanence des soins » est reprise au titre de l'une des missions de service public listées par la loi « HPST », l'apport du texte du 21 juillet 2009 étant d'étendre l'assiette de l'obligation au-delà du seul service hospitalier, aux médecins de ville. Il s'agit en effet de mieux gérer les « soins non-programmés » et l'urgence, en évitant d'engorger inutilement les hôpitaux et, pour ce faire, de réaffirmer un réseau médical « de garde »¹⁸⁵¹ qui tendait à se déliter par désengagement des médecins libéraux.

L'importance de la continuité d'accès au corps médical a une résonance particulière dans le cas des personnes hospitalisées sous contrainte, dans la mesure où la grande majorité des cas est entrée au service psychiatrique suite à une crise et donc par le biais des urgences, orientée en ce sens éventuellement par un médecin de ville ou par le SAMU. Il s'avère fondamental, pour une famille témoin direct d'une crise de « son » malade, de pouvoir immédiatement obtenir réponse du corps médical, à tout moment de la journée et de la semaine, sans avoir à emmener elle-même la personne à l'hôpital ; l'action, alors que chacun se retrouve en situation de grand désarroi, est en effet psychologiquement difficile et généralement, matériellement impossible. Tous les problèmes ne sont pas encore résolus à ce niveau, le service devant se déplacer et faire acte d'autorité, le cas échéant, pour pénétrer chez la personne en crise, par exemple ; les procédures à suivre sont en cours de discussion dans le cadre de la future nouvelle loi sur la psychiatrie. En outre, ce service doit pouvoir être rendu quel que soit le lieu d'habitation de la personne, même si ce dernier est situé dans une zone rurale éloignée des grands centres hospitaliers.

Pour les unités fermées des services hospitaliers, la contrainte reste prégnante sur le plan logistique, puisqu'il s'agit, pour elles, de faire face à l'imprévu à tout instant et de rester en mesure de recevoir tout patient supplémentaire dans des conditions dignes et de sécurité correctes. Une obligation à mettre en relation, dans le principe, avec la nécessité de garder les personnes hospitalisées dans l'unité le temps thérapeutiquement nécessaire, pour qu'elles se soignent et que leur état ne requière plus le placement dans une telle unité. Etant donné non seulement, que le nombre de lits disponibles n'est pas à géométrie variable au gré des arrivées, mais que, comme on l'a souligné à plusieurs reprises, l'idéologie dominante suite à la révolution psychiatrique rattrapée par la gouvernance économique, a tendu jusque récemment à la diminution du nombre de lits, le défi peut parfois être difficile à relever. Cette obligation d'accueil, dès lors que les conditions des hospitalisations sous contrainte sont remplies, ouvre donc parfois à des arbitrages précaires visant à sélectionner les patients les plus à même de sortir et qui libéreront ainsi les places nécessaires pour les nouveaux entrants, touchant alors ainsi éventuellement à la qualité des soins fournis par le service public psychiatrique.

On peut considérer comme une seconde dimension de l'application du principe de continuité en psychiatrie, l'obligation de continuité des soins¹⁸⁵², entraînant le devoir, pour l'équipe soignante, d'articuler la prise en charge en unité fermée, avec celle, à suivre, dans une structure plus ouverte, de ne pas laisser le patient en situation de « sortie sèche » de l'unité fermée, alors même qu'il n'est pas complètement guéri. On reste en effet, bien là dans une acception du principe de continuité du service public, dans la mesure où il s'agit de ne pas provoquer de rupture brutale dans l'accomplissement de sa mission par le service, cette dernière étant bien une prise en charge de qualité du patient.

L'implication, pour le personnel, demeure inchangée : devant assurer une présence en nombre suffisant pour assurer la sécurité comme la qualité des soins, 24 heures sur 24, et sept jours sur sept, les équipes soignantes doivent se relayer en continu, le directeur de l'établissement devant s'assurer du *quota* de médecins psychiatres, en plus des infirmiers, des aides-soignants et des internes, afin que tous les actes, mêmes ceux nécessitant une décision d'une autorité médicale qualifiée, puissent être effectués dans les règles et sans délais. L'organisation du service minimum, en cas de grève, lui revient également, en ayant, seul, le pouvoir – le ministre lui-même ne

¹⁸⁵¹ L'expression « service de garde » a précisément été remplacée par celle de « permanence des soins » à l'article R. 4127-77 CSP. Il s'agit notamment d'effectuer tous les actes médicaux ou de répondre aux demandes à impact médical formulées en-dehors des horaires d'ouverture des cabinets de médecine libérale, soit entre 20 heures et 8 heures en semaine, le samedi-après-midi, le dimanche et les jours fériés.

¹⁸⁵² Ancien article L. 6112-2 CSP

disposant pas de cette compétence¹⁸⁵³ – de désigner et d'assigner le personnel astreints à ne pas faire grève au cas où il ne recueillerait pas assez de candidatures volontaires pour assurer ce service¹⁸⁵⁴. Ces règles du service minimum ont été rappelées dans une circulaire ministérielle du 4 août 1981 abrogeant les circulaires antérieures¹⁸⁵⁵.

Quant au monde carcéral, le mode de fonctionnement du service reste fondamentalement identique avant et après la loi du 22 juin 1987 labellisant ce dernier « service public ».

◇ b) *Le principe d'égalité*

Le principe d'égalité irradie, pour sa part, l'ensemble des titres du code de la Santé publique traitant de l'accès aux soins et du fonctionnement du service hospitalier ainsi que de la délivrance des soins. Les droits des personnes malades, issus de la loi du 4 mars 2002, d'application obligatoire dans le cadre hospitalier, rivalisent de généralités et d'absence de discrimination¹⁸⁵⁶ quant aux bénéficiaires de ces droits. Dès la loi du 31 décembre 1970, le service public hospitalier a pour devoir de recevoir « [...] *toute personne dont l'état requiert [ses] services [...]* » et les établissements assurant ce service public « [...] *ne peuvent établir aucune discrimination entre les malades en ce qui concerne les soins.* »¹⁸⁵⁷. « *L'égal accès à des soins de qualité* » reconnu « [...] *à tout patient accueilli [...]* » par un établissement de santé ou toute personne en charge d'une mission de service public hospitalière figure, depuis l'adoption de la loi du 21 juillet 2009, à l'article L. 6112-3 CSP. De même, le titre II de la loi « HPST » est consacré à l'égal « *accès de tous à des soins de qualité* », le service public hospitalier devant participer, dans le cadre de ses missions, à cet objectif d'ampleur.

En ce qui concerne plus spécifiquement les personnes hospitalisées sous contrainte en psychiatrie, la loi de 1838 telle qu'appliquée dans la deuxième moitié du XX^e siècle posait des règles générales sans source de différenciation entre les patients hospitalisés sous le même régime. La loi de 1990 exprime cette obligation d'égalité de traitement, tout particulièrement à l'article L. 3211-3 CSP listant les droits inaliénables de la personne en HSC. Les éventuelles différenciations possibles s'appuient sur les distinctions de régime d'hospitalisation, une mesure d'HO s'avérant plus contraignante relativement à l'octroi de certaines libertés, telles que les sorties d'essai ou temporaires, comme eu égard à la décision de levée de la mesure. Cette différence de traitement légal ne rentre cependant pas en contradiction avec le principe d'égalité tel qu'interprété par le Conseil Constitutionnel : est appliquée ici la leçon tirée de la jurisprudence du 12 juillet 1979 « *Ponts à péage* » dans laquelle le Conseil énonce que « [...] *si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes [...]* »¹⁸⁵⁸. Or les deux régimes d'hospitalisation sous contrainte restent bien deux régimes différents, ayant chacun ses propres modalités de mise en oeuvre puisque chacun a ses critères d'admission propres. De même qu'on ne peut récuser les différences de traitements dues aux choix thérapeutiques faits en fonction de l'état du patient. Pour une même pathologie, les personnes peuvent appeler des réponses différentes, à évaluer au cas par cas, tenant compte de leur personnalité.

Certes, il a bien évidemment fallu laisser le temps aux hôpitaux psychiatriques de tous se convertir au nouveau courant de pensée concernant la psychiatrie et la condition faite aux personnes atteintes de troubles psychiques. Durant ce temps d'adaptation, les inégalités entre internés, assises sur les jeux de favoritisme entre les patients opérés par les soignants suivant leurs affinités et les comportements observés ont continué à avoir cours.

¹⁸⁵³ CE, 14/10/1977, « Syndicats CGT et CFDT », req. n°98.807, *Rec. Lebon*, 1977, pp. 383-384

¹⁸⁵⁴ Arrêts CE, 7/1/1976, « *CHR d'Orléans* », req. n°92162, *Rec. Lebon*, 1976, p.10 et CE, 30/11/1998, « *Mme ROSENBLATT* », req. n°183359, *Rec. Lebon*, 1998, Tables, p. 901 et p. 987

¹⁸⁵⁵ Circulaire du 4 août 1981 « relative à l'exercice du droit de grève dans les établissements visés par l'article L. 792 du Code de la santé publique (1) », *BOMS*, n° 81/37, abrogeant les circulaires n° 365 du 26 mai 1967, n°2669 du 13 juillet 1973 et la note juridique de la direction des hôpitaux du 5 mai 1978

¹⁸⁵⁶ L'alinéa 1er de l'article 1110-3 CSP pose d'ailleurs expressément le principe de non discrimination pour l'accès aux soins.

¹⁸⁵⁷ Article 3 de la loi du 31 décembre 1970

¹⁸⁵⁸ Décision Conseil constitutionnel n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 « *Ponts à péage* », préc., cons. 4

Le même tableau peut être dressé, à quelques détails près, en prison. Ainsi, en premier lieu, les textes laissent transparaître une véritable égalité de traitement entre les détenus de même catégorie et soumis au même régime. Pourtant, en prison, les inégalités réelles ressortent beaucoup plus violemment qu'à l'hôpital psychiatrique et se traduisent toujours en inégalités de conditions de vie durant la détention. Le jeu des récompenses-punitions propre au système de l'institution totale demeure, mais surtout persiste encore la réalité du célèbre constat « en prison, tout se paye, rien n'est gratuit » instaurant une hiérarchie entre détenus pauvres et détenus ayant quelques ressources, les jeux de pouvoirs, de caïdat, de pressions de toutes sortes et notamment de racket évoqués déjà précédemment. Des inégalités exacerbées par une institution incapable de pourvoir tous ceux qui le souhaitent en travail rémunérateur et incapable de pacifier les relations entre détenus, notamment en maisons d'arrêt, en leur fournissant des conditions de détention excluant une promiscuité constante délétère. Sans doute la faiblesse du système pénitentiaire, sur ce plan, joue-t-elle sur les critères utilisés pour prendre les décisions concernant les détenus placés dans des conditions de vie où il leur est difficile de montrer le meilleur d'eux-mêmes, en tout cas en maison d'arrêt. Des inégalités, sociales notamment, qui vont fortement influencer les décisions telles que d'aménagement de peine.

Pourtant, et en deuxième lieu, l'individualisation de la peine ne peut être vilipendée, restant un des principes clefs et salutaires de notre système pénal. Le Conseil Constitutionnel s'est lui-même prononcé spécifiquement sur le sujet, jugeant à l'occasion de sa saisine sur la loi du 28 juillet 1978 « portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises » que « [...] l'individualisation des peines mise en oeuvre par le texte soumis au Conseil constitutionnel, si elle conduit à appliquer à certains condamnés des conditions de détention strictes et à d'autres un régime libéral, n'est pas contraire à l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, tous les condamnés à une même peine pouvant accéder aux mêmes régimes dès lors qu'ils remplissent les conditions requises [...] »¹⁸⁵⁹. Ce qui sous-entend *a contrario*, comme le fait remarquer Monsieur PECHILLON, que le Conseil reconnaît comme recevable l'invocation du principe d'égalité au profit des condamnés¹⁸⁶⁰. Mais de toute évidence, les différences de traitement, même importantes, opérées entre les régimes sont justifiées, pour leur part, par le raisonnement tenu dans la jurisprudence « Ponts à péage », chacun s'appuyant effectivement sur une situation spécifique et clairement définie, dissemblables d'un régime à l'autre.

Se pose enfin la question des différences de traitement entre services et entre établissements en fonction, en psychiatrie de la personnalité du chef de service voire du psychiatre en charge du patient ou, en prison du chef d'établissement, et de ses convictions professionnelles. Dans le cadre psychiatrique, selon la doctrine adoptée et l'influence du chef de service sur ses collègues, pour des cas cliniques identiques et évoluant, par hypothèse, de manière semblable, les uns vont connaître plus souvent la chambre d'isolement et les contraintes de toutes sortes tandis que le dialogue sera privilégié pour les autres, leur dignité et leur intimité sera plus ou moins éprouvée¹⁸⁶¹, et alors que les uns se verront proposer des sorties temporaires ou d'essai, éventuellement rapidement, les autres ne bénéficieront jamais de ces mesures, ne ressortant de l'unité fermée que le jour de la levée de la mesure. Il ne s'agit pas ici de revenir sur nos propos tenus au paragraphe précédent sur les différences de traitement justifiées par les différences d'évolution de la maladie et de personnalité du malade, - dans ce cadre, l'individualisation du traitement justifie pleinement ces choix thérapeutiques différents-, mais bien de considérer des positions de départ idéologiques différentes chez les médecins ; on peut parler dans ces cas d'inégalité dans la mesure où le malade, sa personnalité et son comportement ne jouent pour rien dans les choix du médecin. Or si le médecin est libre de sa politique thérapeutique, il est indéniable que ses choix emportent, au-delà de simples différences d'approche de la maladie et du malade et de simples différences de traitement, de

¹⁸⁵⁹ Décision du Conseil constitutionnel n°78-97 DC du 27/7/1978 « Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises », cons. 4

¹⁸⁶⁰ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, op. cit., 1998, p. 72

¹⁸⁶¹ Selon les services, obligation de rester en pyjama dans les premiers temps suivant l'admission ou au contraire, autorisation de conserver ses effets personnels dès son arrivée dans l'unité, dès lors que le personnel soignant a pu s'assurer de l'absence d'élément dangereux conservé sur elle par la personne et qu'elle n'est pas placée en chambre de soins intensifs (CSI).

véritables inégalités, les droits fondamentaux des patients étant en prise directe avec ces choix.

Le constat est le même concernant les établissements pénitentiaires, où le directeur imprime son esprit sur son établissement. Certes, il ne pourra complètement se détacher du contexte et de l'âme des établissements, surtout anciens, profondément ancrée dans leur histoire. Il ne pourra également faire fi de la dimension humaine de la détention et des éventuelles pressions exercées par la masse de détenus et/ou de surveillants capables de faire corps pour obtenir ou conserver certains privilèges. L'inégalité existante entre certains de ces établissements classés dans la même catégorie (notamment maisons centrales) est même utilisée, de moins en moins officieusement, on l'a vu, par l'administration pénitentiaire, pour adapter la prise en charge aux détenus. Ainsi, la connaissance de ces particularités locales, des lieux connus pour leur plus grande répression et ceux réputés pour leur laxisme fait l'objet d'une véritable science commune aux membres de l'administration pénitentiaire et aux « vieux » détenus devenus fins connaisseurs du système. Une science qui peut aider à orienter l'affectation des détenus en fonction de leur comportement, affinant ainsi les paramètres des catégories officielles d'établissements. Or, dans ce cas, le mot « inégalité » a-t-il encore un sens ? La notion ne perd-elle pas une lourde part de son aspect négatif ?

Par contre, l'inégalité concernant d'une part la liste d'autre part les prix des produits cantinables, s'inscrit comme une marque réelle et profonde de l'inégalité peu justifiée régnant entre les établissements pénitentiaires. Le rapport de la commission d'enquête du Sénat sur les prisons de 2000 faisait ressortir une grande disparité entre les prix pratiqués, du fait, notamment, de la grande variabilité de la « marge d'exploitation » s'ajoutant au prix de base du produit et servant *a priori* à inclure les coûts annexes au produit lui-même, justifiés par le fonctionnement de la cantine (frais d'impression des bons de cantine, etc.). Les Sénateurs avaient constaté des pratiques parfois très libres sur la définition de cette marge d'exploitation et donc sur les charges qui étaient mutualisées entre les détenus utilisateurs de la cantine par ce biais¹⁸⁶². Lors de la discussion de la nouvelle loi pénitentiaire, suite aux travaux de la commission mixte paritaire au sein de laquelle certains proposaient une inscription de l'harmonisation souhaitée directement dans la loi puisqu'elle n'était jamais parvenue à être réglée par voie réglementaire, la Garde des Sceaux a été interpellée sur la question. Elle a assuré qu'un alignement des tarifs entre tous les établissements était en cours, par voie réglementaire précisément¹⁸⁶³. On peut espérer que le texte promis ne se cantonnera pas à la simple harmonisation mais imposera des prix raisonnables¹⁸⁶⁴, que l'on peut souhaiter alignés sur ceux pratiqués dans la société civile au moins, afin que les denrées et objets les plus communs et utilitaires soient accessibles au plus grand nombre. Malgré ces promesses, la Cour des comptes a tenu, dans son rapport de juillet 2010, à dénoncer à nouveau de manière précisément argumentée cette situation toujours d'actualité¹⁸⁶⁵, et notamment les marges pratiquées, parfois prohibitives¹⁸⁶⁶.

¹⁸⁶² J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, Prisons : une humiliation pour la République. Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000, tome I, Paris, Editions du Sénat, Coll. « Les Rapports du Sénat », n° 449, 2000, pp. 151-152

¹⁸⁶³ Discussion générale sur les conclusions du rapport de la Commission mixte paritaire, [en ligne], séance du 13/10/2009, Sénat, <http://www.senat.fr/seances/s200910/s20091013/s20091013006.html#section565>. Disponible sur le site du Sénat, consulté le 2/4/2011

¹⁸⁶⁴ Le Rapport de l'Assemblée Nationale évoque des dénonciations de prix « [...] *prohibitifs dans certains établissements* » « 13 000 » [...] », jugements venant de détenus mais aussi de surveillants (L. MERMAZ, J. FLOCH, *La France face à ses prisons. Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Paris, Editions de l'Assemblée Nationale, coll. « Les Documents d'Information de l'Assemblée Nationale », n° 2521, tome I, 2000, p. 55). Une dénonciation appelant contrôle, les calculs faits sur « le panier du détenu » par l'administration pénitentiaire, montrant une tendance à des prix pratiqués comparativement inférieurs dans les établissements « 13 000 » ; mais reste à voir sur quels produits s'exprimaient les personnes interrogées et ce qui est contenu dans le panier du détenu. Les deux rapports de la Cour des comptes ont ensuite pris le relais dans cette dénonciation (cf. *infra* notes 1858 à 1860)

¹⁸⁶⁵ Pour les conclusions en ce sens, COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, pp. 79-80). Elle souligne ainsi à ce sujet que le prix le plus élevé pouvant être pratiqué sur un même produit proposé à la cantine dans plusieurs établissements l'est généralement dans un établissement en gestion déléguée, quoiqu'elle appelle à la prudence sur le maniement de ces chiffres dont il ne faudrait tirer de conclusions trop hâtives. (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 74).

selon elle, ainsi qu'à fournir des pistes pour améliorer cette situation : contraintes conventionnelles ciblées sur la lutte contre « [...] *le maintien de forts niveaux de marge potentielle* [...] » lors du renouvellement des marchés de gestion déléguée et resserrement du contrôle sur ce sujet par l'administration pénitentiaire pour les établissements en gestion déléguée, stratégie d'achat en gros pour l'ensemble des établissements gérés directement par l'administration pénitentiaire afin de diminuer les coûts à l'achat des produits ensuite cantinés¹⁸⁶⁷. Il semblerait que, sur le plan de l'harmonisation de l'offre des produits cantinables, la direction de l'administration pénitentiaire soit en cours d'élaboration d'un catalogue « [...] *unique et standardisé des produits de cantine* [...] »¹⁸⁶⁸ pour tous les établissements en gestion publique, comprenant une liste de cinq cents produits¹⁸⁶⁹. Premier pas vers une plus grande égalité de traitement entre les détenus, mais à prolonger vers un alignement des établissements en gestion déléguée sur cette même offre.

Et des inégalités demeurent encore entre établissements, dans les conditions de vie qu'ils offrent à leurs pensionnaires, au-delà de la personnalité de leur directeur et du contenu de leur règlement intérieur. La situation géographique porte un poids important sur les conditions de vie et les possibilités de réinsertion favorisées. De toute évidence, les établissements situés en rase campagne ont plus de difficulté à trouver des entreprises partenaires pour fournir du travail aux détenus, à diversifier leur panel d'activités culturelles ou éducatives, à encourager le maintien des liens familiaux. Sans compter la remise en cause plus fréquente, en tout cas la plus grande difficulté de garantir les droits des détenus lors des commissions de discipline. Pour tous ces problèmes, le mal est unique : la distance séparant l'établissement et les détenus de la ville la plus proche et de ses services – médecins, avocats, bénévoles et associations, enseignants, etc. – ainsi que de leurs familles.

◇ C) *Le principe de mutabilité*

Quant au principe d'adaptabilité, il a joué en continu sur la période, en faveur ou contre les usagers selon le vent dominant en matière de réformes. Les exemples les plus évidents sont toutes les réformes législatives et réglementaires effectuées pour mieux prendre en compte les droits des individus dans les deux milieux et, dans le cadre pénitentiaire, renforcer la sécurité. La loi du 27 juin 1990 « relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », complétée ensuite par la loi du 4 mars 2002, est emblématique de ce point de vue pour la psychiatrie. Elle ne doit pas faire occulter les nombreux arrêtés et autres textes réglementaires pris pour adapter le fonctionnement des UMD par exemple. Du côté de l'institution pénitentiaire, outre les lois, telles par exemple que celle du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations » amenant l'institution pénitentiaire à respecter le droit commun aux administrations et, en ce qui la concerne, à par exemple faire intervenir l'avocat au prétoire, d'autres textes ont permis la création de nouvelles catégories d'établissements -on pense notamment aux centres pour peines aménagées par décret du 20 mars 2003-. La création des UHSA et des UHSI est également représentative des évolutions de l'institution pénitentiaire, prenant en compte ses dysfonctionnements évidents et cherchant à leur donner une réponse en adéquation avec la définition de l'intérêt général tel qu'appréhendé à ce moment-là. En l'occurrence, il s'agissait de respecter les droits aux soins des détenus tout en garantissant la sécurité publique. Il faut relever également l'évolution des techniques de soins ou de peines adoptées. On peut penser notamment à la création puis l'essor du

¹⁸⁶⁶ Ainsi, selon son enquête, les marges les plus faibles pratiquées atteignent déjà 20% du prix du produit cantiné et peuvent aller jusqu'à 39 % (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 74)

¹⁸⁶⁷ Des progrès ont déjà été opérés en ce sens par l'Administration Pénitentiaire, dûment relevés par la haute juridiction financière, notamment avec la nouvelle génération de marchés de gestion déléguée entrée en vigueur, dans 46 établissements, au 1er janvier 2010 (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 80) mais l'instrument de mesure utilisé pour suivre l'évolution des prix pratiqués dans les établissements pénitentiaires et comparer ceux pratiqués dans les établissements en gestion publique et en gestion déléguée qu'est l'Enquête nationale sur le « panier du détenu » ne s'avère ni fiable ni réellement pertinent (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, pp. 77-78)

¹⁸⁶⁸ COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 75

¹⁸⁶⁹ Cette amélioration est prévue pour le courant de l'année 2011. (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit., 2010, p. 75)

placement sous surveillance électronique et du placement sous surveillance électronique mobile utilisés notamment dans le cadre des aménagements de peine. Le principe d'adaptabilité a amené également à des fermetures d'établissements pénitentiaires vétustes et au transfert de population dans ceux, technologiquement à la pointe, qui les ont remplacés. Des changements dans les conditions de vie et les relations entre détenus et personnels pénitentiaires par exemple, dus à cet effort technologique impliquant de moindres contacts, ont ainsi été imposés à cette population pénale comme aux agents malgré eux.

Certains instruments, tels que les cartes sanitaire ou pénitentiaire dans les deux domaines ici étudiés, sont également spécifiquement prévus pour permettre une adéquation réelle et objective de ces services aux besoins du public en tenant compte de la dimension spatiale du service public. Ainsi, le concept de planification hospitalière voit le jour, une « carte sanitaire » étant créée par la loi du 31 décembre 1970 afin de rationaliser l'offre aux besoins de soins. Affinée par l'instauration des Schémas d'Organisation Sanitaire par une loi du 31 juillet 1991¹⁸⁷⁰, la planification s'assied sur davantage de paramètres et prend mieux en compte les stratégies d'aménagements du territoire et la préoccupation de qualité technique des soins. L'ordonnance du 4 septembre 2003¹⁸⁷¹ a finalement supprimé la carte sanitaire au profit des Schémas Régionaux d'Organisation Sanitaire (SROS), transformés par la loi de 2009 en Schémas Régionaux d'Organisation des Soins (SROS), et c'est aujourd'hui une véritable carte hospitalière qui est conçue par le ministère de la Santé dans le cadre de la loi « HPST », mais davantage pensée sur un mode de gestion contractuel, tenant compte de la diversité de nature des acteurs, de la nécessité d'offrir des soins techniquement sûrs, quelle que soit la spécialité visée, et alors que la variété de ces dernières n'a cessé de croître pour l'ensemble de la population, et tenant donc compte aussi de la nécessité de répartir judicieusement ces soins sur le territoire. Il s'agit bien là d'un véritable instrument stratégique visant à l'adéquation la plus efficace possible de l'offre à la demande de soin, dans laquelle la psychiatrie et sa sectorisation issue des lois de 1985 ont été intégrées dès l'origine (à l'époque dans la carte sanitaire). Ainsi, le secteur psychiatrique est aujourd'hui assimilé à un territoire de santé et peut reprendre, si cela coïncide avec les besoins de l'activité de santé mentale, les délimitations d'un territoire défini dans le cadre d'activité médicale autres par le SROS. Il est également très fréquent, à l'heure actuelle, que les services de psychiatrie « chefs de file » des secteurs se trouvent dans des hôpitaux généraux, CHU ou CHR, ou en tout cas, à l'inverse, que ces hôpitaux généraux soient dotés de services de psychiatrie au même titre qu'une autre spécialité médicale.

Le concept de carte pénitentiaire est également utilisé par l'administration pénitentiaire, l'objectif de rapprochement des détenus de leur famille et de maintien des liens familiaux ainsi que la volonté de mieux satisfaire « [...] *les besoins des juridictions pénales* [...] » amenant l'administration à chercher un « *rééquilibrage* » de la répartition des établissements sur le territoire et des implantations mieux pensées¹⁸⁷².

De même, dans le cadre financier, l'introduction de la tarification à l'activité cherche une meilleure adéquation entre la rémunération des établissements de santé publics ou privés participant au secteur public hospitalier par rapport à leur activité réelle. Système créé par la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003¹⁸⁷³, il est appelé à s'appliquer, à terme, à la psychiatrie. Mais la mise en place de cette tarification exige des outils permettant de décrire la diversité de l'activité dans cette discipline alors même que cette activité se traduit peu en actes purement techniques. Or sans cette retraduction de cette micro-activité, tenant autant du social que du médical, et continue dans sa dispensation, qu'est l'activité psychiatrique, cette relation nouée avec le patient, cette présence et ce soutien dissimulés dans d'infimes faits, gestes et paroles au cours de la journée, ces activités d'une banalité affligeante, telles qu'un repas ou un atelier de peinture, davantage prédatrice

¹⁸⁷⁰ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 « portant réforme hospitalière »

¹⁸⁷¹ Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 « portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation »

¹⁸⁷² Cf. sur ce point le communiqué de presse du 21 novembre 2002 disponible sur le site du ministère de la Justice à propos de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice », [en ligne], <http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10095&ssrubrique=10238&article=11721>, consulté le 22/02/2010.

¹⁸⁷³ Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 « de financement pour la Sécurité sociale pour 2004 »

de temps que de technicité affichée, c'est l'ensemble du domaine d'activité qui fait faillite, faute d'être valorisé financièrement à sa juste valeur, dans un contexte qui devient directement concurrentiel, faveur budgétaire étant donné aux établissements qui réaliseraient le plus grand nombre d'actes et les mieux cotés -tous les actes n'étant pas rémunérés de la même façon, puisque le barème s'appuie actuellement sur un certain nombre de critères dont, notamment, sa technicité.

Ce sont également les techniques financières et juridiques adoptées pour renforcer le parc pénitentiaire, les modes de gestion des établissements, qui ont évolué : c'est ainsi que l'on a pu voir le secteur privé rentrer dans la construction et la gestion de structures à partir de 1987 et du « plan 13000 ». On peut encore rajouter l'informatisation des services autant à l'hôpital qu'en prison. Le principe d'adaptabilité se retrouve partout dans la vie et le fonctionnement des services publics, effectivement composante naturelle de la vie administrative dans la mesure où un service public de qualité doit veiller à suivre les avancées technologiques ou scientifiques propres à le rendre plus efficace et à se maintenir toujours en cohérence avec la satisfaction de l'intérêt général dans l'exercice de sa mission. On remarquera en tout cas qu'il ne prend réellement de sens que dès lors qu'il s'inscrit dans une relation avec les autres principes directeurs du fonctionnement des services publics, le principe de continuité ou celui, plus nouveau, de qualité.

◇ d) *Le principe de neutralité*

A ces trois lois classiques du service public recensées par Louis ROLLAND, la doctrine a tendance, à l'heure actuelle, à en rajouter une quatrième : le principe de neutralité du service public¹⁸⁷⁴. Lourd de sens et de symbole dans le cadre de l'institution concrétisant l'Etat et les pouvoirs publics dans leurs multitudes de visages qu'est le service public¹⁸⁷⁵, encore jamais élevé au rang de principe constitutionnel en tant que tel par le Conseil du même nom, il est souvent rattaché au principe d'égalité. Sa définition et sa véritable portée sont pourtant plus larges et plus subtiles que cette simple première acception. En effet, si l'une des dimensions du principe de neutralité rejoint effectivement l'absence de discriminations fondées sur la race, le sexe, la religion, les convictions philosophiques ou politiques, l'appartenance ethnique ou culturelle qu'implique également le principe d'égalité, cette acception ne constitue que l'un des volets de la définition du principe de neutralité. Sur ce point, et grâce à cette confusion avec l'égalité, la neutralité y gagne même une valeur constitutionnelle, celle rattachée au principe d'égalité. Mais à côté de cette première facette du principe, la neutralité prend véritablement son sens de loi de service public dans la nécessité d'objectivité du service public et de l'administration qu'elle défend. Comme le démontrent, grâce à plusieurs illustrations commentées¹⁸⁷⁶, Jean-François LACHAUME, Claudie BOITEAU et Hélène PAULIAT, c'est moins la crainte d'un avantage donné à une position politique ou religieuse qui se dévoile dans des décisions réaffirmant laïcité et neutralité du service public, notamment à l'égard de ses agents, que la protection des usagers envers tout prosélytisme afin de leur garantir une parfaite liberté de conscience, « [...] *un refus de la puissance publique de*

¹⁸⁷⁴ Ainsi, les Professeurs LACHAUME, BOITEAU et PAULIAT le reconnaissent comme un principe autonome régissant le fonctionnement des services publics, ayant « [...] *atteint sa majorité* [...] » (J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, p. 372), les Professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT n'évoquent même pas à son égard de polémique sur ce point et le qualifient directement de « [...] *principe généra[l] relatif [...] au fonctionnement des services publics* [...] » (G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G., DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, p. 561) et Virginie DONIER démontre, après l'avoir comparé à la définition qu'elle donne des lois du service public, qu'il peut être compté au nombre de ces dernières (V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », op. cit., 2006, pp.2-4).

¹⁸⁷⁵ Cf. G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, p. 562

¹⁸⁷⁶ Ils reprennent en effet, pour l'analyser, la jurisprudence concernant la laïcité, du début du siècle notamment l'arrêt CE, 10/5/1912 « *Abbé BOUTEYRE* », (Rec. Lebon, 1912, p. 553, concl. HELBRONNER ; M. LONG et alii, *GAJA*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 12e ed., 1999 (1956), arrêt n° 27, pp. 150-153) ou plus récente avec CE, avis, 3/5/2000, « *Mademoiselle MARTEAUX* » (Rec. Lebon , 2000, p.169), celle sur les manifestations d'opinions politiques CE, 8/11/1985, « *Ministre de l'Education nationale c/ RUDENT* », (Rec. Lebon, 1985, p. 316) (cf. J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, pp. 373-376) . G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT insistent pour leur part sur l'explication en termes de bon fonctionnement du service public et d'application des principes républicains dans ce domaine de la neutralité et leur refus d'une lecture idéologique de l'utilisation de ce principe dans toute la jurisprudence et ses développements éventuellement législatifs à propos, surtout, du service public de l'enseignement. Ils demandent donc de se désintéresser de la question religieuse pour mieux faire ressortir les véritables enjeux qui transparaissent derrière les positions adoptées (G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, pp. 564-566).

cautionner telle ou telle philosophie ou de prendre la responsabilité d'une doctrine donnée et d'embrigader idéologiquement les citoyens. »¹⁸⁷⁷. Les interdictions de manifester ses convictions politiques ou de croyance imposées aux agents publics dans l'exercice de leurs fonctions se justifient ainsi, non par une recherche d'égalité entre les usagers mais bien par une volonté de leur assurer leur liberté de penser et même, d'éviter toute suspicion envers une volonté apparente de corruption idéologique qui risquerait un rejet du service public de la part de l'utilisateur et en tout cas une perte de crédibilité à ses yeux.

C'est donc en réalité une conception de l'administration et du service public dans son ensemble qui transparait ainsi : voué à créer du lien social, à aider les individus à « faire société », il doit « [...] *idéologiquement adopter un profil bas car la société [est elle-même] [...] « déchirée de conflits insolubles, les intérêts des individus et des groupes qui la composent sont en complète opposition » [...]* »¹⁸⁷⁸. Sa mission profonde est « [...] *d'unir, de rassembler, d'intégrer cette société divisée, fragmentée, atomisée [...]* ». Pour ce faire, il doit se poser en « [...] *arbitre impartial, au service de la collectivité et capable de définir un intérêt général qui dépasse et transcende les particularismes sociaux.* »¹⁸⁷⁹. Une conception qui, de l'avis du Professeur CHEVALLIER, a vécu. Pour la même mission originelle, créer et préserver le lien social, l'administration accepte aujourd'hui de sortir de sa réserve et de « [...] *prendre en main le développement d'ensemble de la société.* »¹⁸⁸⁰. Sans être aussi radical que l'éminent Professeur, car il faut relever le maintien voire une réaffirmation de ce laïcisme négatif¹⁸⁸¹, et derrière lui de la « *neutralité indifférence* »¹⁸⁸², il est certain qu'on semble aujourd'hui face à un double mouvement d'apparence antagoniste, notamment concernant l'articulation entre laïcité républicaine et religion. La neutralité peut en effet aussi prendre une acception beaucoup plus ouverte et jouer « [...] *la prise en considération de l'opinion* » pour établir des traitements différenciés [...] »¹⁸⁸³ : c'est ainsi que le statut d'objecteur de conscience a été reconnu, que des repas sans viande de porc peuvent être préparés dans certaines cantines scolaires, etc. La conciliation de ces deux mouvements trouve en réalité sa clef dans la volonté de protéger la liberté de conscience de chacun. La liberté de l'un s'arrêtant là où commence celle des autres, il est nécessaire de respecter les convictions de chacun et leurs signes ou comportements en rapport tant qu'ils ne viennent pas empiéter sur le libre arbitre et la liberté de penser des autres, ou encore que des questions de sécurité ne sont pas en cause. Afin de tenter de clarifier la situation, en matière religieuse notamment, une « Charte de la laïcité dans les services publics », a été rédigée en 2007 et est aujourd'hui diffusée dans tous les services publics. De valeur non-contraignante, elle met en regard dans des termes simples les droits et les devoirs des usagers comme des agents publics. Mais quoi qu'en disent Jean-François LACHAUME et ses co-auteurs ou Madame DONIER¹⁸⁸⁴, cette « neutralité active » ou « *neutralité-pluralisme* »¹⁸⁸⁵ revient à l'asymptote figurée par la première déclinaison de la neutralité envers le principe d'égalité : il s'agit bien, dans cette nouvelle forme de neutralité, de s'appuyer sur les différences de situation, souvent de croyance, pour justifier un traitement différencié et donc d'assurer une attitude aussi respectueuses des convictions de chacun et de ses manières de les vivre. Et cette « *neutralité-pluralisme* » ne doit pas se réduire aux seuls champs des convictions politiques, idéologiques ou religieuses et s'étendre « [...] *au plan social et économique [...]* »¹⁸⁸⁶ en appliquant une « *neutralité*

¹⁸⁷⁷ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics, op. cit.*, 2000, p. 373

¹⁸⁷⁸ *Idem* p. 373, citant J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, *Science administrative*, LGDJ 1978, n° 1113

¹⁸⁷⁹ Citation de J. CHEVALLIER et D. LOCHAK, *Science administrative*, LGDJ 1978, n° 1113, tirée de J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics, op. cit.*, 2000, p. 373

¹⁸⁸⁰ J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 4e éd. mise à jour, 2007 (1986), p. 575

¹⁸⁸¹ On pense ici notamment à l'adoption de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics ».

¹⁸⁸² Expression de Pierre ESPLUGAS dans *Conseil constitutionnel et service public, op. cit.*, 1994, p. 176, reprise par Virginie DONIER dans « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1222

¹⁸⁸³ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics, op. cit.*, 2000, p. 372

¹⁸⁸⁴ Les professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT adoptent la même vision. Cf. G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 562

¹⁸⁸⁵ Expression de G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 566

¹⁸⁸⁶ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 566

tarifaire »¹⁸⁸⁷ visant à résorber les inégalités d'accès au service public. Il ne s'agit pas d'imposer la gratuité par ce biais, mais bien plutôt « *la péréquation tarifaire* »¹⁸⁸⁸ afin que chacun puisse, quelles que soient ses ressources, accéder aux prestations délivrées par les services publics selon ses besoins. La neutralité doit être conservée également à l'égard de toute pratique publicitaire, proscrite, *a priori*, de ces lieux¹⁸⁸⁹ ou des vecteurs de diffusion d'information émanant de ces services¹⁸⁹⁰.

Néanmoins, on ne peut nier une véritable autonomie acquise par le principe de neutralité et reconnue, on le voit, par la plupart des auteurs doctrinaux comme par le juge administratif, qui n'hésite plus à se référer directement à ce principe pour trancher des décisions, sans se couvrir par le renvoi lié au principe d'égalité¹⁸⁹¹. Le Conseil Constitutionnel a lui-même ouvert une brèche en le qualifiant, dans une décision du 23 juillet 1996, de « *prescription à valeur constitutionnelle s'attachant à l'accomplissement des missions de service public.* »¹⁸⁹². Les Professeurs LACHAUME, BOITEAU et PAULIAT¹⁸⁹³, comme Virginie DONIER concluent ainsi, en travaillant également sur la déduction et la prospective, que le principe de neutralité peut être considéré comme un principe général du droit acquérant valeur constitutionnelle dès lors « [...] *qu'il entre en corrélation avec le principe de laïcité [...]* »¹⁸⁹⁴.

L'application du principe de neutralité en prison et à l'hôpital psychiatrique semble avoir été adapté à ces structures originales. Ainsi, en matière de neutralité religieuse, ces deux types d'établissements ont eu, dès l'origine, par la loi du 9 décembre 1905 posant la séparation des Eglises et de l'Etat, une approche de la religion reposant sur la « neutralité-pluralisme », c'est-à-dire un interventionnisme limité mais permettant à chaque enfermé de pratiquer son culte, donc d'avoir accès à un aumônier de sa confession et éventuellement d'assister à des offices, le principe étant de permettre leur organisation régulière. L'article 2 de la loi de 1905 précise en effet bien, en son deuxième alinéa, que « [...] *Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons.* ». Rappelons à ce niveau le statut privilégié accordé aux aumôniers et la reconnaissance du soutien moral que peut apporter la foi, quel que soit le Dieu référent. La loi du 27 juin 1990 impose ce droit à « [...] *se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix [...]* »¹⁸⁹⁵ aux HSC et le Code de procédure pénale reconnaît que « [c]haque détenu doit pouvoir satisfaire aux exigences de sa vie religieuse, morale ou spirituelle. [...] »¹⁸⁹⁶, que « [à] son arrivée dans l'établissement, chaque

¹⁸⁸⁷ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 567

¹⁸⁸⁸ *Idem* p. 567

¹⁸⁸⁹ Plusieurs circulaires furent émises en ce sens en 1963 (circulaire du 8 novembre 1963), 1967 (circulaire n° II-67-290 du 3 juillet 1967), 1976 (circulaire n° 76-440 du 10 décembre 1976) et 2001 (circulaire n°2001-053 du 28 mars 2001). Le juge administratif a été amené à sanctionner des interventions à fins commerciales ou publicitaires dans des établissements d'enseignement : TA Caen, 30/11/1993, « *Jean-Pierre PONTUS* » à propos de l'organisation d'un concours d'orthographe par un établissement bancaire dans une école ou TA Cergy-Pontoise, 1/7/2004 « *Monsieur Gilbert M.* », req. n° 0007594 pour des faits similaires, la cause du litige étant cette fois un jeu-concours intitulé « Les masters de l'économie ».

¹⁸⁹⁰ Dans un avis du 19 novembre 1987, « Section de l'intérieur », req. n° 342940, le Conseil d'Etat indique que « [...] l'insertion dans une publication administrative d'encarts publicitaires n'est possible que si elle peut être « regardée comme répondant à un intérêt public ou comme le complément ou le prolongement de l'activité de service public, qui est ici aussi l'information des fonctionnaires ou des administrés. » » (G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 568, citant le Conseil d'Etat dans son avis de 1987). Une position reprise dans son arrêt du 6/11/ 2002 « *MOLINIER* », req. n° 234271, JCP A, décembre 2002, n°11, n° 1352, comm. A. TAILLEFAIT

¹⁸⁹¹ Cf. arrêts CE, 30/11/1998, « *Société pompes funèbres européennes du Gard* », req. n° 159203, CE, 6/10/2000, « *Association Promouvoir et autres* », req. n°216901, 217800, 217801 et 218213, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 391-392 ou CE, 18/10/2000, « *Association Promouvoir* », req. n°213303, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 425-428 ;

¹⁸⁹² Décision du Conseil constitutionnel n° 96-380 DC du 23/7/ 1996 « *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom* », *Recueil des décisions du CC*, 1996, p. 109, cons. 6

¹⁸⁹³ Cf. J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics, op. cit.*, 2000, pp. 379-380

¹⁸⁹⁴ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1223

¹⁸⁹⁵ Article L. 3211-3 CSP

¹⁸⁹⁶ Alinéa 1er de l'article D. 432 CPP, recodifié, depuis l'entrée en vigueur des décrets d'application du 23 décembre 2010, au premier alinéa de l'article R. 57-9-3 CPP

détenu est avisé qu'il lui est loisible de recevoir la visite du ministre d'un culte et d'assister aux offices religieux [...] »¹⁸⁹⁷ et que parallèlement « [...] [l]e nom des détenus arrivants qui ont déclaré leur intention de pratiquer leur religion est communiqué à l'aumônier dès sa première visite à l'établissement [et qu'] il en est de même pour les détenus qui, au cours de la détention, auraient manifesté semblable intention. »¹⁸⁹⁸. En prison, le code impose donc à l'administration une attitude active afin de garantir ce droit à la liberté de conscience et religieuse des détenus.

Ainsi, en matière de religion, insister sur la neutralité de l'Etat c'est insister à la fois sur le fait que ce dernier ne doit pas rendre impossible l'accès au culte de son choix et ne pas limiter la « palette » des cultes ou convictions philosophiques existants, mais qu'il doit également se montrer parfaitement égalitaire dans la reconnaissance qu'il a des différentes religions, aucun privilège ne devant être octroyé à l'une d'entre elles. Dans la réalité, le pragmatisme tient lieu de loi, grande étant la difficulté pour chacun de ces établissements psychiatriques mais surtout pénitentiaires, à trouver des aumôniers pour chacune des confessions présentes en leur sein au travers de leurs pensionnaires enfermés. Par contre, le principe de neutralité permet également à l'administration, notamment pénitentiaire, de faire primer les règles de sécurité sur celles religieuses. Dès lors, si, dans tous ces établissements, la « Charte de la laïcité dans les services publics » s'applique, si des efforts sont faits afin que les interdits alimentaires et autres rites soient respectés, ce type de règles est invoqué dans les établissements pénitentiaires également pour empêcher les rassemblements en vue de la prière dans les cours de promenade et de toute évidence, des vêtements tels que le « voile intégral » ou *nikab* sont interdits aux usagers de cette institution.

La neutralité politique revient également à une conception abstentionniste de la neutralité : il s'agit pour l'administration de garantir l'absence de prise de position politique et de militantisme. Là encore, il ne s'agit plus de brimer les droits politiques individuels de chacun, quoique pendant longtemps cela ait été le cas¹⁸⁹⁹, mais au contraire de protéger la liberté de pensée des usagers en les garantissant contre des volontés d'embrigadements idéologiques et d'assurer la sécurité, en tout cas dans les établissements pénitentiaires. Dès lors, l'exercice du droit de vote est garanti aujourd'hui dans chacune des deux institutions, mais par contre, les réunions politiques, même si elles sont recommandées au titre de l'éducation citoyenne, ne sont pas un droit reconnu aux prisonniers¹⁹⁰⁰. La question semble moins pertinente dans les établissements psychiatriques, les personnes y étant retenues enfermées généralement sur de courtes périodes : on peut donc penser que, d'une part, durant leur temps d'hospitalisation, une parenthèse dans leur vie, d'autres priorités préoccupent ces malades et que d'autre part, l'hôpital, lieu de soins, n'est pas un lieu de débat politique. Encore une fois, il s'agit de faire la part des choses entre les droits individuels et ceux collectifs ou ayant des répercussions sur la collectivité, ici le service.

Concernant la neutralité eu égard aux pratiques ou activités publicitaires ou commerciales, elle est garantie à l'hôpital par le directeur qui, en vertu de son pouvoir de police¹⁹⁰¹, réglemente l'accès des tiers. L'une de ses missions, dans ce cadre, est de garantir la protection des malades hospitalisés dans son établissement. L'article R. 1112-47 du Code de la santé publique indique ainsi que « [l]es [...] démarcheurs et représentants n'ont pas accès aux malades, sauf accord de ceux-ci

¹⁸⁹⁷ Alinéa 1er de l'article D. 436 CPP, recodifié, depuis l'entrée en vigueur des décrets d'application du 23 décembre 2010, au second alinéa de l'article R. 57-9-3 CPP

¹⁸⁹⁸ Alinéa 2 de l'article D. 436 CPP, recodifié, depuis l'entrée en vigueur des décrets d'application du 23 décembre 2010, à l'article D. 439-5 CPP

¹⁸⁹⁹ On peut relever à ce niveau non seulement l'incapacité ou l'interdiction des droits politiques qui s'abattaient automatiquement sur le malade hospitalisé en psychiatrie pour la première, sur le détenu condamné pour la seconde, mais en outre des interdictions corollaires notamment en prison, comme la censure des journaux, de la radio et de la télévision qui ont été maintenues jusqu'en 1972 pour les journaux de presse, jusqu'en 1975 pour la radio et la télévision.

¹⁹⁰⁰ Nous nous appuyons ici sur l'ordonnance de référé rendue par le Conseil d'Etat le 27 mai, « *Section française de l'observatoire international des prisons*, M. Robert BRET, Mme Marie-Christine BLANDIN », req. n°280866, (Rec. Lebon 2005, pp. 232-233 ; AJDA, 2005, pp. 1579-1582, note A. RAINAUD) à propos du refus par le Garde des Sceaux de l'organisation de débats sur la « Constitution européenne » par des parlementaires en prison. Le Conseil d'Etat a estimé que « [...] si aucune disposition législative ou réglementaire ne prohibe l'organisation dans l'enceinte des établissements pénitentiaires de débats associant au besoin des parlementaires, aucun texte non plus qu'aucun principe général n'ouvre droit à l'organisation de tels débats ; [...] ».

¹⁹⁰¹ Article L. 6143-7 CSP

et autorisation écrite donnée par le directeur » sachant que « [l]es visiteurs ne doivent pas troubler le repos des malades ni gêner le fonctionnement des services. Lorsque cette obligation n'est pas respectée, l'expulsion du visiteur et l'interdiction de visite peuvent être décidées par le directeur ». Une règle reprise dans le point IX de la Charte du patient hospitalisé du 2 mars 2006¹⁹⁰² qui rajoute la nécessité d'utilisation « [...] avec mesure [de ce type d'autorisation] afin d'éviter tout abus de l'éventuelle vulnérabilité des patients. ». Pour renforcer les possibilités de protection du patient, les chambres ainsi que les bureaux de consultation se sont vus dotés de la qualité de domicile privé, toute intrusion non consentie pouvant ainsi être réprimée pénalement au titre de la violation de domicile¹⁹⁰³.

Quant à la neutralité exigée des agents publics exerçant dans ces deux services publics, ces personnels sont soumis à la règle générale de neutralité imposée dans le cadre du droit de la fonction publique, leur interdisant à la fois toute discrimination envers les usagers et, de leur côté, toute extériorisation d'opinion politique, philosophique ou de croyance dans le cadre de leur service.

◇ e) *Le principe de gratuité : Gygès dans le droit des services publics*¹⁹⁰⁴

Sur le plan du droit public dans son ensemble, définir la notion de gratuité engage déjà un parti pris. Prise sous un angle économique, elle renvoie à l'absence d'échange monétaire entre l'utilisateur et le prestataire de service ou le producteur, ce qui se traduit en droit du service public par l'absence ou la dispense de prix du service rendu¹⁹⁰⁵. Prise sous un angle sociologique, c'est à la dialectique du don/contre-don de Marcel MAUSS qu'elle fait immédiatement référence. Cette inscription de la dimension juridique de la gratuité dans cette quadrature explique son caractère en définitive hautement politique. En effet, le service public a toujours un coût ; le choix politique réside uniquement dans le choix de la ou des personnes qui devront supporter cette charge. Ce choix peut reposer sur une exploitation de la gratuité comme moyen de donner accès à tous au service public ; il peut viser également une dimension plus idéologique, -non-contradictoire avec la première mais qui n'y apparaît pas forcément-, renvoyant aux idéaux de solidarité et même de fraternité, fondateurs de la Nation française. La gratuité pécuniaire du don peut en réalité s'avérer beaucoup plus exigeante pour l'individu, en terme d'implication dans la vie de la société, que le paiement d'une somme d'argent ; alors que ce dernier permet à l'utilisateur de s'extraire immédiatement, et moyennant un simple échange matériel sans lourde sollicitation de sa personne, la première est plus pernicieuse, elle inscrit l'individu dans la vie de la communauté, dans une prise en charge ou un service appelant une réciprocité nécessaire. Une réciprocité moins marchande que symbolique, mais l'obligeant à participer au fonctionnement de la société¹⁹⁰⁶ : participation politique et citoyenne par son vote ou sa contribution financière aux charges publiques, voire plus loin ses engagements dans la vie de la cité ou nationale. Une réciprocité qui corrompt un peu la pureté du concept de gratuité mais sans laquelle, elle serait un « *non-sens social* » pour reprendre les

¹⁹⁰² Charte issue de la circulaire n° DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 « relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée ». La rédaction du point IX de cette Charte est une reprise du point VIII de la précédente mouture de la Charte, dans sa rédaction du 6 mai 1995.

¹⁹⁰³ Sur une condamnation à ce titre contre des journalistes, CA Paris, 17/3/1986, « *Assistance publique de Paris c/ PACHET et autres* », *Gazette du Palais*, 1986 (2e semestre), Jurisprudence, pp. 429-430 et à propos de démarchage commercial : TA Versailles, 28/2/1997, « *Société Appareillage médical Saint-Louis* », *RDSS*, 1998, n°34(1), pp. 109-110, note de G. MEMETEAU

¹⁹⁰⁴ Les articles du Code de procédure pénale cités dans ce paragraphe correspondent bien à l'actuelle numérotation du Code, après entrée en vigueur des décrets n°2010-1634 et 2010-1635 du 23 décembre 2010

¹⁹⁰⁵ Ce jeu sur le couple dialectique absence/dispense de prix est repris à Michel BORGETTO dans « L'idée de gratuité et la notion de solidarité sociale », dans G. KOUBI et G.J. GUGLIELMI (sous dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris, *op. cit.*, 2003, pp. 23 et s.

¹⁹⁰⁶ Et que l'on peut mettre en lien avec des mesures, certes, n'instaurant pas la gratuité, mais ouvrant droit à des allocations, telles que autrefois le RMI et aujourd'hui le RSA ou les allocations chômage, ayant une visée solidariste et sociale très proche du rôle donné à la gratuité pour certaines catégories de population. Dans ces cadres, il est exigé de la part de l'allocataire l'intégration dans des programmes de réinsertion dans le monde du travail (accompagnement personnalisé), une recherche effective d'emploi etc. selon la situation de la personne concernée et le contrat conclu avec l'organisme ou la collectivité territoriale l'aidant dans ce cadre

terme du sociologue Jean-Philippe BOUILLOUD¹⁹⁰⁷.

La gratuité pour l'usager, en finançant le coût réel des services publics par l'impôt, est donc le choix de faire fonctionner la solidarité pour subvenir à un certain nombre de tâches et de besoins d'intérêts individuels et collectifs. C'est le choix de « faire société », de la cimenter par ce biais. C'est aussi l'idée qu'un certain nombre d'activités souveraines pour un Etat, dont la gestion revient donc à tous et à chacun et ne peut être déléguée à personne en particulier, telles que les activités de police, de défense nationale etc, ne peuvent dès lors faire l'objet d'un prix individualisable. L'intérêt collectif rejoindrait alors l'idéologie de la Souveraineté nationale pour ramener la gratuité à sa définition de « [...] *prix des choses sans prix* »¹⁹⁰⁸. La gratuité prend ainsi également une autre connotation, le rejet de l'appropriation au profit d'une dimension plus solidariste que communiste. Mais la gratuité peut renvoyer également à une appréhension moins radicale de l'allègement du prix du service pour l'usager, en jouant sur la redistribution des charges entre les usagers, le rééquilibrage entre riches et pauvres plutôt que sur l'exonération de tous. Abordant par le biais de l'égalité juridique plutôt que réelle la dimension économique du service rendu et de la solidarité nationale, elle apparaît comme moins utopique en modérant les charges publiques. Sans compter que, le principe du paiement, même rationalisé, d'un prix pour le service rendu étant accepté, le choix politique peut encore jouer sur le choix des catégories exonérées et du taux de participation aux charges, et introduire l'idée de responsabilisation de l'usager dans l'intérêt de sa participation¹⁹⁰⁹, même modique, dès lors qu'il utilise un service¹⁹¹⁰, une idée qui se marie à merveille avec le principe plus récent de maîtrise des dépenses publiques. Le choix politique se retrouve donc à tous les niveaux du processus, « [...] *option politique quasiment discrétionnaire* [...] » pour reprendre les termes de Robert HERTZOG¹⁹¹¹ tant cette décision est dépendante d'un positionnement idéologique par rapport à la définition que l'on se fait du service public et de son rôle dans la société et par rapport à l'individu mais aussi des relations entre l'individu et la société et de ce que chacun peut demander et attendre de l'autre. Fortement dépendants des contextes économiques et de la situation sociale, ces choix varient donc selon les époques, influençant nécessairement les juristes dans leur réflexion.

Dès lors, alors qu'il est impossible d'évoquer un principe juridique de gratuité caractérisant les services publics même administratifs¹⁹¹², c'est à Gygès doté de son anneau lui permettant d'apparaître ou de disparaître par une simple rotation du chaton de sa bague autour de son doigt que Gilles J. GUGLIELMI compare la présence de la gratuité au titre de principe de référence dans les services publics¹⁹¹³. Rejeté en effet en tant que principe général du droit par le juge administratif¹⁹¹⁴,

¹⁹⁰⁷ J.-Ph. BOUILLOUD, « L'argent et la fonction de la gratuité », dans G. KOUBI et G.J. GUGLIELMI (sous dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, op. cit., 2003, p. 150

¹⁹⁰⁸ Expression empruntée au titre de l'ouvrage de J. DUVIGNAUD, *Le prix des choses sans prix*, Actes Sud, coll. « Un endroit où aller », 2001, cité par Geneviève KOUBI, dans « Gratuité? Sans prix, certes, mais pas sans valeur ! », dans G. KOUBI et G.J. GUGLIELMI (sous dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, op. cit., 2003, p. 10

¹⁹⁰⁹ On peut prendre pour exemple, dans le cadre de la police administrative, moins classique que celui de la santé, et en suivant l'analyse de Dominique MAILLARD DESGREES DU LOU, celui de la police des immeubles menaçant ruine (D. MAILLARD DESGREES DU LOU, « Police et gratuité », dans G. KOUBI et G.J. GUGLIELMI (sous dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, op. cit., 2003, pp. 224-225)

¹⁹¹⁰ Ce serait toute une question à développer que de s'assurer alors que cette nouvelle acception, plus économique et contemporaine, du « prix abordable » à la place de la gratuité ne vienne pas remettre en cause l'implication malgré lui de l'usager dans la société par le biais du jeu de don/contre-don expliqué précédemment. Ce serait en effet toute une philosophie du service public qui disparaîtrait au profit des nouveaux principes de responsabilisation et de maîtrise des dépenses, plus pragmatiques.

¹⁹¹¹ R. HERTZOG, « Le prix du service public », *AJDA*, 1997, numéro spécial, p. 57

¹⁹¹² La question ne se pose même pas pour les services publics industriels et commerciaux, la gratuité étant exclusive de cette qualification : l'un de leurs éléments caractéristiques est précisément la rémunération par l'usager devant rejoindre, dans le principe, le coût réel de la prestation fournie (cf. CE, 30/6/1950, « *Ministre des Travaux publics c/ Société Merrienne frères et autres* », req. n°1.274, *Rec. Lebon*, 1950, pp. 408-409 ou Tr. Cflits, 24/10/1994, « *Préfet de Mayotte c/Mahamoudou AHMADA et Madame TOLANTI-ALI* », req. n°02937, *Rec. Lebon*, 1994, pp. 607-608)

¹⁹¹³ G. J. GUGLIELMI, « L'introuvable principe de gratuité du service public », dans « Gratuité? Sans prix, certes, mais pas sans valeur ! », dans G. KOUBI et G.J. GUGLIELMI (sous dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, op. cit., 2003, p. 41

¹⁹¹⁴ CE, 10/7/1996, « *Société direct mail promotion et autres* », req. n°168702-168734-169631-169951, *Recueil Lebon*, 1996, pp. 277-280 et notamment pp. 278-279

en tant que principe à valeur constitutionnelle par le gardien de la Constitution¹⁹¹⁵, il n'en apparaît pas moins pour certains services bien ciblés, et dans des situations dûment justifiées et encadrées sur le plan juridique.

En premier lieu, le Préambule de la Constitution de 1946 comme la DDHC imposent la gratuité à l'égard des services publics constitutionnels : le service public de l'enseignement est directement visé par l'alinéa 13 du Préambule¹⁹¹⁶, mais cette constitutionnalisation du principe de gratuité ne vaut que pour l'enseignement primaire et secondaire, la perception de droits universitaires ayant par contre été admise par le juge administratif, appliquant il est vrai la théorie de la loi-écran et alors que le Conseil Constitutionnel n'a pas été saisi à ce sujet¹⁹¹⁷ ; quant à l'article 13 de la DDHC, fixant la rémunération par l'impôt pour « [...] *l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration* [...] », c'est bien aux activités de Souveraineté nationale et aux services publics y afférant qu'il paraissait renvoyer. L'analyse doit pourtant être prise avec réticence, le Conseil Constitutionnel n'ayant pas encore fourni sa position en la matière mais le Conseil d'Etat ayant déclaré dans un arrêt d'assemblée de 1988 qu'il ne considérait pas cet article comme s'opposant à ce que « [...] *les charges d'un service public déterminé soient financées par ses usagers au moyen d'une redevance qui trouve sa contrepartie directe et proportionnelle dans les prestations fournies par ce service* ; [...] »¹⁹¹⁸.

En deuxième lieu, un certain nombre d'auteurs¹⁹¹⁹ s'accordent pour lire, à travers la subtile jurisprudence administrative, la reconnaissance d'un principe de gratuité pour les usagers dans le cadre des services publics administratifs de création obligatoire pour l'Etat ou les collectivités locales : services de secours¹⁹²⁰, police etc ; mais là encore, on ne peut énoncer aucune règle absolue puisque le juge se cale sur l'activité précise, considérant que ces services publics peuvent être amenés à opérer des activités connexes mais non directement au coeur de leur mission, au profit d'« *usagers privatifs* »¹⁹²¹ et qui, elles, peuvent ouvrir à une participation voire au remboursement par ces usagers des frais engagés par le service¹⁹²². Le législateur peut ainsi l'imposer¹⁹²³, de même que la gratuité de certaines prestations peut être organisée par le pouvoir réglementaire, sous réserve du respect de la hiérarchie des normes et qu'elle ne remette pas en cause des principes supérieurs tels que celui d'égalité entre les usagers du service public ; car, bien souvent, c'est moins

¹⁹¹⁵ Décision Conseil constitutionnel n° 79-107 DC, 12/7/1979, « *Ponts à péage* », préc. et par un raisonnement *a contrario*, toute la jurisprudence portant sur la constitutionnalité des redevances perçues pour les prestations du service public de la radio télévision (décision n°60-8, 11/8/1960, « *Loi de finance rectificative pour 1960* ») ou encore à propos des frais de scolarité exigés par l'Ecole polytechnique (décision du Conseil constitutionnel n°69-57 L, 24/10/1969, « *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique* ») (P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 182 et R. HERTZOG, « *Le prix du service public* », op. cit., 1997, numéro spécial, p. 57).

¹⁹¹⁶ Et cette gratuité constitutionnellement imposée a été protégée par le juge administratif : CE, 10/1/1986, « *Commune de Quingey* », req. n°58.908, *Rec. Lebon*, 1986, pp. 3-4 ou CE, 11/12/1987, « *Ville de Besançon c/ LABBEZ* », req. n°48642, *Rec. Lebon*, 1987, Tables, p. 757 (gratuité de l'enseignement dans les écoles maternelles publiques)

¹⁹¹⁷ CE, Ass., 28/1/1972, « *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris* », req. n° 79.200, *Rec. Lebon*, 1972, pp. 86-87 ; JCP, 1973, II, 17296 note J. CHEVALLIER. Néanmoins, Pierre ESPLUGAS doute que le Conseil constitutionnel aurait contesté la constitutionnalité de la loi du 24 mars 1951 sur les modalités et les taux des droits d'inscription universitaires dans la mesure où ces droits restent très inférieurs au coût réel du service rendu (P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 183).

¹⁹¹⁸ Arrêt CE, Ass., 21/10/1988, « *Syndicat National des Transporteurs Aériens* », RDP, 1989, pp. 1471-1473, note Y. GAUDEMET

¹⁹¹⁹ J.-F. LACHAUME, Cl. BOITEAU, H. PAULIAT, *Grands services publics*, op. cit., 2000, pp. 369-370 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, pp. 621-622

¹⁹²⁰ CE, 5/12/1984, « *Ville de Versailles c/ LOPEZ de ARIAS* », req. n°48.639, *Rec. Lebon*, 1984, pp. 399-400

¹⁹²¹ Expression empruntée à René CHAPUS, *Droit administratif général*. Tome 1, op. cit., 2001, p. 621

¹⁹²² CE, 28/12/1949, « *Société Ciné Lorrain* », req. n°1.334, *Rec. Lebon*, 1949, p. 584 à propos de la surveillance particulière par la police municipale de salles de spectacles ; CAA Douai, 14/12/2004, « *SDIS de l'Eure* », req. n° 01DA00380, AJDA, 2005, n°17/2005, p. 963, concl. J. MICHEL pour l'intervention d'un service départemental d'incendie et de secours auprès de personnes bloquées dans un ascenseur

¹⁹²³ Et en ce cas, le juge administratif la fera respecter comme il est de son rôle. Cf par exemple, concernant l'application de la législation imposant le principe de la communication gratuite pour un certain nombre de documents par les mairies : CE, 9/3/1998, « *Ville de Nice* », req. n°172603, *Rec. Lebon* 1998, Tables, p. 768

la gratuité généralisée qui est offerte par un texte à l'égard d'une prestation qu'une politique tarifaire faisant bénéficier certaines catégories d'usagers d'une exonération complète. En outre, ces textes touchent des questions pointues ou un bassin de population restreint comme l'illustrent par exemple, au niveau national, la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre l'exclusion¹⁹²⁴ à propos de quelques actes de soins de santé bien définis ou, au niveau local, des textes réglementaires comme la politique tarifaire d'une école de musique communale ou d'une cantine scolaire, qui ne concernent que les usagers de ces établissements. La mise en oeuvre d'un principe de gratuité n'est ainsi pas une obligation dans les services publics mais peut être un choix politique local ou national. En réalité, la seule certitude dans la dimension économique de ces rapports ambigus entre la gratuité, les services publics et leurs enjeux se trouve dans le caractère non-lucratif des services publics exposé par Maurice HAURIOU dès 1933¹⁹²⁵.

L'application du principe de gratuité joue dans toute son ambiguïté dans les deux institutions étudiées. On relèvera en premier lieu la difficulté de rendre intégralement payants des services publics fondés sur l'enfermement contraint d'individus, les personnes visées appartenant bien souvent, il faut le constater, à des classes peu aisées et étant insolvable. Tout au moins, on ne peut leur reprocher de profiter d'un gîte et d'un couvert qu'ils n'ont pas recherché ; c'est en effet malgré eux que l'on impose la charge de l'entretien de ces personnes à l'institution. Reste que la question de la gratuité ne peut se travailler en une seule masse et c'est d'un accueil dans des conditions décentes dont on doit traiter. Les périodes antérieures à la seconde moitié du XXe siècle ont suffisamment montré qu'effectivement, de tout temps et même lorsque l'idée d'un principe de gratuité n'était pas à l'ordre du jour¹⁹²⁶, des personnes ont été enfermées gratuitement, nécessité faisant loi, mais dans des conditions qui ne pourraient être acceptées actuellement. Des conditions justifiées précisément par le non-paiement d'une pension ; des conditions qui jouaient sur cette insolvabilité pour marquer plus profondément leur indécence voire leur inhumanité par rapport à la situation de l'enfermé payant. C'est donc en déterminant le statut de la gratuité entre principe ou exception dans le domaine de l'accueil des détenus dans les prisons, ou des hospitalisés sous contrainte dans les structures psychiatriques, que l'on pourra établir l'existence ou non d'un principe de gratuité dans ces deux institutions. Le service public pénitentiaire est, on l'a dit, un service public constitutionnel et obligatoire. Si l'on suit la règle précédemment établie, il se doit donc d'être gratuit pour ses usagers détenus.

L'adage, démontré comme véridique dans les chapitres précédents, tient pourtant qu'« en prison, rien n'est gratuit ». Au-delà de la dimension symbolique de ces liens, c'est à celle trivialement pécuniaire que l'on renvoie la plupart du temps en le citant. Une interprétation de ce *hiatus* entre théorie et réalité pourrait être une transposition de l'application différenciée du principe selon les activités principales ou connexes du service public en cause : l'institution pénitentiaire se doit d'offrir gratuitement le minimum vital, considéré selon des standards réactualisés, à ses usagers prisonniers : le gîte, le couvert, l'hygiène minimum, le tout dans des conditions de vie acceptables. C'est ainsi que trois repas par jour doivent impérativement être proposés sans contrepartie financière à tous les détenus¹⁹²⁷, de même qu'une place dans une cellule décente, soit chauffée, éclairée et aérée, avec un accès à des structures sanitaires d'aisance et à l'eau¹⁹²⁸, la possibilité de trois douches hebdomadaires¹⁹²⁹, un nécessaire de produits et matériel d'hygiène corporelle et d'entretien renouvelé régulièrement¹⁹³⁰. De même, il est de sa mission principale d'assurer la

¹⁹²⁴ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 « relative à la lutte contre les exclusions »

¹⁹²⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », [Paris, Sirey, 1933], réédité 12e éd., 2002, pp. 65-66

¹⁹²⁶ On pense ici à toute la période durant laquelle il était possible pour les prévenus d'obtenir le régime de la pistole moyennant finances (suppression du système à la fin de la Première guerre mondiale) et où l'internement psychiatrique connaissait deux classes de malades, les « payants » et ceux du « régime commun » (mode de fonctionnement remis en cause avec l'avènement du système de l'Assurance maladie).

¹⁹²⁷ Article D. 342 CPP

¹⁹²⁸ Articles D. 350 et D. 351 CPP

¹⁹²⁹ Article D. 358 CPP

¹⁹³⁰ D. 357 CPP. Il faut y rajouter les mesures spéciales prises à l'endroit des personnes reconnues indigentes : elles bénéficient en outre de vêtements fournis par l'administration pénitentiaire (article D. 348 CPP), et peuvent obtenir une mise à disposition gratuite d'un téléviseur. On notera ici la dimension à géométrie variable de la gratuité ainsi organisée, jouant sur l'égalité juridique

réinsertion, l'accès à des activités d'enseignement, de formation professionnelle, à un emploi voire même de proposer des activités ludiques là encore gratuitement aux détenus. Mais au-delà de ce *corpus* primaire, l'accès à tout autre matériel, denrée alimentaire, produit ou outil est considéré comme superflu et donc est payant. Or la vie quotidienne se fondant largement sur ce superflu, la prison oblige généralement le détenu à ouvrir son porte-monnaie, perdant toute apparence de service public gratuit.

Mais au moins cet îlot de gratuité l'est-il véritablement. La situation n'en est ainsi que depuis 2003, date du décret abrogeant les dispositions l'article D.112 du Code de procédure pénale¹⁹³¹. Cet article, compris dans une section de ce code traitant de « *la répartition du produit du travail des détenus* » imposait aux prisonniers travailleurs une participation « *à leurs frais d'entretien* » prélevée sur le produit de leur travail pénitentiaire. L'abrogation de cette disposition trouve son origine dans la loi PERBEN du 9 septembre 2002¹⁹³², justifiant cette modification par la lutte contre l'indigence et l'encouragement à la réinsertion. Ce rééquilibrage tardif de l'égalité de traitement entre les détenus apparaît salubre. Si le garde des sceaux de l'époque oubliait cet aspect et évoquait, en arrière-fond, un nouvel encouragement vers une mobilisation plus importante des fonds des détenus en faveur du dédommagement des parties civiles, il faut surtout mesurer l'état des choses discutable à laquelle elle met fin : la prison était donc jusqu'alors payante, impérativement, pour tous les détenus travailleurs¹⁹³³. Ces derniers payaient ainsi le prix de la faveur d'avoir obtenu un travail. La situation pouvait laisser songeur ; ainsi n'acceptait-on pas l'idée que la prison puisse être un service public gratuit à l'égard de ses usagers qui bénéficiaient ainsi de la faveur d'un toit et du couvert parce-qu'ils avaient commis une infraction suffisamment grave pour qu'elle leur coûte la liberté : on jouait sur l'argument que le délinquant tirerait alors bénéfice de sa turpitude, le système encourageant ainsi le vice dans la pauvreté. Outre le peu de cas que ce raisonnement faisait de la situation réelle et symbolique du détenu, peu enviable, cette disposition créait une inégalité de traitement entre détenus travailleurs et non-travailleurs, qui ne pouvait en rien se justifier sur le plan de l'égalité juridique. En effet, ce n'était même pas à un rééquilibrage de la condition financière des détenus que l'on renvoyait puisqu'il n'était pas tenu compte de la richesse de l'individu, de l'existence ou non de subsides extérieurs supplémentaires qui eux, marquent largement la différence de conditions de vie entre les prisonniers, mais uniquement au fait qu'ils travaillent ou non, et pour pénaliser les travailleurs. Quoique ces derniers aient, dans les faits, une situation de privilégiés du fait du manque d'emplois pénitentiaires, il n'en reste pas moins que souhaiter avoir un travail est un effort intéressant et qu'un certain nombre de détenus, dans une situation financière n'imposant pas cet effort, se gardent bien de faire ; la mesure apparaissait donc à la fois injuste voire contre-productive. Par aucun endroit on ne pouvait lui trouver une logique la justifiant : elle mélangeait prévenus et condamnés¹⁹³⁴, ne tenait pas compte, on l'a dit, de la situation financière véritable. Si l'idée, issue du vieux courant de la rigueur punitive, était que la prison devait être une punition et donc payante, qu'au moins le radicalisme pousse jusqu'au bout sa logique et adopte une assiette permettant une véritable égalité de traitement, réelle, entre les usagers.

Outre ce rééquilibrage sur le plan de l'égalité, l'introduction en 2003 de la gratuité pécuniaire

¹⁹³¹ Décret n° 2003-259 du 20 mars 2003 « modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires », (article 15 pour la modification évoquée)

¹⁹³² Article 51 de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice »

¹⁹³³ Article abrogé D. 112 CPP, alinéas 2 et 3 : « [...] »

Le montant de cette participation est fixé chaque année par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice.

Il ne saurait en toute hypothèse dépasser 30 p. cent de la rémunération après déduction des cotisations à caractère social. [...] »

¹⁹³⁴ En effet, on aurait pu imaginer une logique valable jusqu'à la loi de 1987 (loi mettant fin à l'obligation de travailler pour les condamnés), en tablant sur une vision utopique des rédacteurs de l'article D. 112 imaginant que l'assiette de l'emploi pénitentiaire recouvrait à la fois tous les individus concernés par cette obligation, et seulement eux ; le partage était ainsi fait *de facto* entre les présumés innocents, que l'on dispensait, du fait de ce statut, de cette participation, et les condamnés. Or cette analyse conjecturale ne tient pas puisque l'article concerne tous les détenus, donc également les prévenus travailleurs alors que cette catégorie de prisonniers n'était pas soumise à l'obligation de travailler.

véritable du service public pénitentiaire renoue avec l'autre facette de cette notion, la dimension de don/contre-don si symboliquement significative sur le plan de la réintégration de l'individu à la société. C'est d'ailleurs dans ce même sillage que persévère la loi pénitentiaire de 2009 avec, d'une part, la création de l'obligation d'activité imposant au détenu de s'atteler à une activité à visée de réinsertion donc travaillant à redonner une place au sein de la société à l'individu¹⁹³⁵, et avec, d'autre part, la légalisation des aides financières et en nature aux indigents¹⁹³⁶. L'individu reçoit des aides, il est mis à même de se réinsérer, il se doit donc au regard de la société de faire les efforts nécessaires pour oeuvrer à sa réintégration. L'échange est lourd en obligations morales pour le détenu, en tout cas sur le plan théorique. Encore faut-il que cette nature d'échange du don initial soit perçue par le prisonnier, -mais le personnel pénitentiaire et des SPIP est là pour le lui faire savoir-, et qu'il y acquiesce,- mais là encore, des moyens incitatifs forts, jouant sur les aménagements de peine, peuvent l'aider dans ses choix d'adhésion.

La gratuité au sens premier du terme apparaît encore moins présente dans l'institution psychiatrique. En effet, contrairement au lien que l'on fait trop couramment entre gratuité complète et état de contrainte, l'hospitalisé sous contrainte est considéré comme un malade ordinaire aux yeux financiers de l'institution hospitalière et de l'assurance maladie. Régime de contrainte ou pas, l'hospitalisé devra donc acquitter du même forfait journalier qu'un autre malade pris en charge dans les mêmes termes qu'un autre par l'Assurance maladie et les mutuelles, soit en fonction de sa situation sociale et des contrats qu'il a souscrits ou non avec un organisme complémentaire de santé ; cela à la nuance près que l'hospitalisation en psychiatrie, requérant moins de soins techniques lourds et coûteux, est facturée un peu moins cher que les autres séjours hospitaliers¹⁹³⁷. La philosophie de la loi semble claire : il s'agit de ne pas stigmatiser l'hospitalisé sous contrainte en psychiatrie. Il s'agit d'aborder l'hospitalisation sous un angle médical, celui d'un soin apporté à une personne malade ou en tout cas en souffrance et non sous un angle social voire sanitaire-policière, réactif, abordant la mesure par le biais de l'identité du demandeur et des causes de la demande. Il se retrouve ainsi dans un cadre de gratuité toute relative¹⁹³⁸, où le code de la sécurité sociale impose effectivement une participation financière de l'usager, la prise en charge partielle des frais étant d'autre part soumise à un certain nombre de conditions et d'exclusions en lien avec le statut de l'établissement¹⁹³⁹, sans compter que si ces patients ne possèdent pas de protection sociale, ils doivent s'acquitter de l'intégralité des frais engagés par le séjour et les soins hospitaliers. Certaines caisses d'assurances complémentaires ou mutuelles prennent en charge l'intégralité du montant restant à la charge de l'assuré, mais cela dépend du contrat et implique dès lors des disparités de situation. Restent les possibilités de gratuité, -au sens le plus intuitif du terme c'est-à-dire l'absence complète de versement pécuniaire-, de la prise en charge s'appliquant à l'usager dans le cadre de la Couverture Médicale Universelle (CMU). Ce système institué par la loi du 27 juillet 1999¹⁹⁴⁰ et entré en vigueur au 1er janvier 2000 a pris la succession de l'aide médicale dans une volonté d'accès effectif et réellement généralisé de toute personne le nécessitant aux soins, quelle que soit sa situation sociale et pécuniaire. Il s'agissait de régler le problème de toutes les franges de la populations exclues d'un système de protection sociale appuyé principalement sur un critère socio-professionnel et restant, malgré les réformes régulières, trop coûteux et trop compliqué, au niveau des démarches, pour un certain nombre d'individus. Ce nouveau mécanisme par tranches permet, dans les tranches de niveaux de ressources inférieures à un plafond fixé chaque année par décret en fonction de l'évolution des prix et variant suivant la composition du foyer et le nombre de personnes à charge, une prise en charge intégrale et à déclenchement immédiat dès le dépôt de la

¹⁹³⁵ Article 27 de la loi du 24 novembre 2009. Cf. supra p. 253.

¹⁹³⁶ Article 31 de la loi du 24 novembre 2009. Cf. supra p. 253

¹⁹³⁷ En effet, le montant du forfait journalier est fixé par arrêté ministériel et le montant du forfait pour une hospitalisation en psychiatrie ne peut dépasser 75 % du forfait dit « général ». Le principe du forfait journalier est inscrit à l'article L. 174-4 du Code de la sécurité sociale. On notera tout de même qu'au-delà de trente jours d'hospitalisation, la prise en charge des frais par l'assurance maladie devient complète à partir du trente-unième jour.

¹⁹³⁸ Non contradictoire avec le statut de service public constitutionnel donc obligatoire, comme on a vu que cela était possible dans la mesure où gratuité peut signifier en ce cas accès à tous et non gratuité réelle.

¹⁹³⁹ Article L. 162-21 du Code de la sécurité sociale

¹⁹⁴⁰ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 « portant création d'une couverture maladie universelle »

demande¹⁹⁴¹ des frais engagés. Une intégralité qui peut être réelle, prenant en charge notamment le forfait hospitalier, grâce à l'instauration d'une CMU complémentaire gratuite, là encore en fonction des niveaux de ressources et des plafonds¹⁹⁴².

Mais hormis ces situations relevant de l'exception, c'est ainsi qu'au nom d'une absence de stigmatisation du malade hospitalisé sous contrainte s'appliquent à lui toutes les règles comptables classiques de bonne maîtrise des coûts et dépenses de santé et de responsabilisation des malades par rapport aux frais qu'ils font engager pour leur santé, ce qui peut apparaître un peu surprenant pour des patients qui, dans bien des cas, s'opposent à ces soins donc à ces dépenses... Il faut en outre rajouter à ces considérations l'évolution des politiques de financement hospitalières, faisant tourner l'hôpital vers une gestion davantage entrepreneuriale : ainsi commencent à apparaître des régimes d'accueil différenciés moyennant finances de la part du patient, tels qu'une facturation supplémentaire, non prise en charge par l'assurance maladie¹⁹⁴³, pour des mesures considérées comme de confort telles que l'obtention d'une chambre seule etc. La dérive vers une qualité de prise en charge à plusieurs vitesses en fonction du degré de richesse du patient, qui n'a jamais pu être complètement éradiquée dans le cadre d'un système mixte entre clinique privées et secteur public, doit néanmoins être dûment surveillée. C'est une brèche nouvelle qui est posée dans le cadre du service public cette fois, imposant une réflexion à propos de ce que l'on peut qualifier de confort superflu dans le cadre d'une hospitalisation. Le spectre de l'asile psychiatrique à régime différencié entre pensionnaires et internés indigents revient hanter rapidement les esprits, quel que soit le bien-fondé de ces analogies.

Cette reconnaissance du statut de service public aux deux entités psychiatrique et pénitentiaire n'a été qu'une mise en adéquation de la qualification juridique officielle avec l'état de fait. Cela leur a permis de se glisser dans une forme fonctionnelle juridiquement clairement identifiée tout en conservant une âme institutionnelle, qui cristallise, dans ces deux cas précis, l'héritage de leur passé totalitaire.

B · LES SERVICES PUBLICS PSYCHIATRIQUE ET PENITENTIAIRE, DEUX INSTITUTIONS FONDEES SUR LA PRIVATION DE LIBERTE ET LA DISCIPLINE

Le service public demeure un modèle institutionnel (1), qui, repris par les mondes psychiatrique et pénitentiaire, intègre et permet de cautionner les contraintes spécifiques émanant de la privation de liberté – cette modalité de prise en charge placée au coeur du système fonctionnel – avec les relents totalitaires de certaines de ses manifestations (2).

§ 1. Le caractère institutionnel du service public, une continuité facilitée avec l'ancien modèle totalitaire

*«L'institution est un phénomène social et finalisé. Elle rassemble des individus pour la réalisation d'un objectif qu'ils se sont fixés ou qui leur a été fixé. Les services publics présentent donc certains aspects institutionnels.»*¹⁹⁴⁴. C'est ainsi que Maryvonne HECQUARD-THERON souligne, dans son article sur les mesures d'ordre intérieur, le consensus doctrinal minimal autour d'une dimension institutionnelle des services publics, avant d'engager une rapide étude des

¹⁹⁴¹ Il suffit en effet que le demandeur justifie de son identité et de sa résidence stable et régulière ou, pour un étranger, de son titre de séjour. Ce n'est qu'après que la CPAM sollicitée recherche si la demande est bien conforme à la loi ou régularise la situation le cas échéant.

¹⁹⁴² Cf., pour une explication complète et précise des systèmes de la CMU et de l'Aide Médicale d'Etat (AME) et des politiques d'accès aux soins le manuel de Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 7e ed., 2009, pp. 612-630

¹⁹⁴³ Certains contrats d'assurance complémentaire prennent par contre en charge ce type de prestations supplémentaires.

¹⁹⁴⁴ M. HECQUARD-THERON, « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA* 1981, p. 242

caractères symptomatiques d'une institution décelables dans ces services ¹⁹⁴⁵. Jacques CHEVALLIER, dans une définition plus exhaustive du phénomène institutionnel renvoyant à la fois à la tradition juridique et à celle sociologique, note que ce sont « [...] *des phénomènes sociaux, impersonnels et collectifs, présentant permanence, continuité, stabilité* ». Et de continuer : « *Toute société est caractérisée par un ordre supérieur aux individus et aux groupes, qui assure sa cohésion, réalise son intégration et fonde sa pérennité. Les institutions sont l'expression et la garantie de cet ordre : dotées d'une consistance propre, détachées des volontés qui les ont fait naître et installées dans la durée, elles imposent leur loi aux membres de la société, en modelant les pensées et les comportements* . »¹⁹⁴⁶.

La profondeur donnée à la notion de service public dès lors qu'on accepte de la confronter à cette définition institutionnelle mérite de s'y arrêter : en premier lieu, voici revenir incidemment la première des lois de ROLLAND, le principe de continuité, incontournable pour organiser le fonctionnement du service public. Toutes ses dimensions se retrouvent, permanence et stabilité assurant une véritable épaisseur à ce principe durant tout le temps où il est reconnu comme nécessaire à la Nation. Autant dire qu'à notre sens, ces deux dimensions ne sont pas antinomiques avec l'application du principe d'adaptation, troisième loi de ROLLAND ; simplement, ils ne jouent pas aux mêmes niveaux, l'adaptation permettant la pérennité du service face aux fluctuations conjoncturelles, la renforçant tant que l'autorité décidant de sa vie et de sa mort estime utile, au regard de l'intérêt général, de conserver ce service. Par ailleurs et en deuxième lieu, c'est la dimension d'« ordre flottant au-dessus des individus composant la société et aidant à leur intégration », notamment par le vecteur de l'égalité organisée entre eux, qu'on retrouve dans le service public : un certain nombre de missions, régaliennes d'abord, mais également, -en tout cas selon certains courants de pensée-, à dimension sociale, doivent soit être exercées de manière nécessairement monopolistique pour certaines, soit éventuellement voir une intervention du service public partager le champ d'action avec le secteur privé ; dans tous les cas, le secteur public figure comme garantie d'un minimum d'égalité dans la fourniture du service auprès de l'ensemble de la population, sans, notamment, que cet exercice soit faussé par des préoccupations de rentabilité économique. A propos de l'ancrage idéologique et psycho-social de la notion, en troisième lieu, la France est particulièrement stigmatisée quant à son attachement à ce que certains considèrent même comme une valeur constitutive de la République. Jacques CHEVALLIER voit dans cette « *machinerie conceptuelle* »¹⁹⁴⁷ qu'est le service public « [...] *un modèle singulier de rapports Etat-société* [...] »¹⁹⁴⁸, un réseau de services cohérent dans sa philosophie, doté d'une identité forte, et qui devient « [...] *[l]es vecteurs privilégiés de consolidation et d'affermissement du lien social* [...] »¹⁹⁴⁹, les « *véritables artères du corps social* »¹⁹⁵⁰. Mais ce dernier point s'avère dès lors davantage contingent, d'autres pays se montrant beaucoup plus détachés de ce qu'ils considèrent comme un élément purement organisationnel de la société et voué à fluctuer au gré des idéologies

¹⁹⁴⁵ Georges RENARD, dès 1930, parlant pour sa part de l'« *administration* », relève quatre traits caractéristiques « [...] *qui, tous, accusent par quelque bout sa nature institutionnelle* [...] » : l'« *autorité* », qui lui offre « [...] *une large autonomie* » ; la « *spontanéité* » ou « *autodétermination* », c'est-à-dire la capacité de l'institution à s'organiser en interne ; son « *corporatisme* », c'est-à-dire son régime juridique propre, exorbitant du droit commun, qu'il s'agisse de l'organisation de sa vie interne ou de ses relations avec l'extérieur ; enfin, le mécanisme de « *responsabilité* » particulier qui l'amène à couvrir les fautes de ses agents, mécanisme juridique marquant particulièrement la totale « *incorporation* » du fonctionnaire à son administration, de l'« *organe* » à l'« *organisme* » pour reprendre ses termes, ce qui est tout-à-fait symptomatique du phénomène institutionnel. (G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1930, pp. 171-180)

¹⁹⁴⁶ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution*, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1981, p. 6. Nous ne reprenons ici que la première des définitions proposées, celle dite classique et celle adoptée par HAURIOU ou RENARD comme par DURKHEIM. La seconde considère l'institution non « [...] *plus [...] comme une donnée construite mais comme un processus dialectique résultant de la tension permanente entre l'« institué » et l'instituant* » » (J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », *op. cit.*, 1981, p. 8). Autrement dit, l'institution n'a plus d'ancrage matériel mais devient un phénomène immatériel, « [...] *une pratique* » (J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution*, *op. cit.*, 1981, p. 8). Issue de la pensée de SARTRE et de CASTORIADIS, elle ne correspond pas à notre manière d'aborder notre objet d'étude.

¹⁹⁴⁷ J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op. cit.*, 2003, p. 57

¹⁹⁴⁸ *Idem* p. 57

¹⁹⁴⁹ *Idem* p. 57

¹⁹⁵⁰ *Idem* p. 59. Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

dominantes et des contextes économiques et sociaux.

Sans doute cette première analyse du service public, qui amène à démontrer qu'il est une institution eu égard à cette définition, pourrait-elle être lue comme un positionnement idéologique, voire politique. Revenir à des critères plus froids et dépassionnés démontrant néanmoins le caractère institutionnel du service public permettra de consolider cette lecture de la notion ; une lecture qui ressort néanmoins indéniablement du parti pris puisqu'il a fallu faire un choix d'instrument d'analyse, mais du parti pris d'abord scientifique, dénué de toute fin idéologique.

Tout d'abord, empreinte primordiale de cette dimension, la mission impartie à ces services justifie leur création puis leur fonctionnement dans des conditions exorbitantes du droit commun privé. Deuxième marque, l'organisation d'un véritable ordre intérieur à ces services, « [...] *complet, [en] réglant l'organisation, le fonctionnement et la discipline interne* »¹⁹⁵¹, adjoint à tout un *corpus* normatif propre visant également à organiser leurs rapports avec l'extérieur. En troisième lieu, comme l'a conclu Maurice HAURIOU suite à ses études portant sur l'institution¹⁹⁵², cette dernière produit deux jeux de normes, les premières disciplinaires, les secondes statutaires, parmi lesquelles seul le jeu disciplinaire intéresse l'ordre intérieur. Il n'en reste pas moins qu'en découle nécessairement la constitution d'une hiérarchie entre les personnels du service, à l'origine du pouvoir du même nom exercé par les supérieurs sur les employés subalternes, ainsi que d'un pouvoir normatif gérant les rapports avec les usagers ou administrés de ces services. Phénomène caractéristique du droit disciplinaire, les normes s'imposent à ces deux groupes intéressés ou participant à la vie de l'institution alors même qu'ils n'ont pas participé à leur établissement et qu'ils ne se trouvent pas non plus en situation de tiers par rapport à ces services dans lesquels ils sont trop impliqués : J.-A. MAZIERES parle d'une véritable « *adhésion* » à l'institution, en tant que « *membres* » de cette dernière¹⁹⁵³. La hiérarchie se retrouve également dans son sens organisationnel pour le classement des normes de diverses natures prises dans le cadre de cet ordre interne propre à chacun de ces services et qualifié d'homogène par Madame HECQUARD-THERON.

Au vu de ces éléments supplémentaires, d'ordre purement descriptifs et neutres, le service public apparaît ainsi bien comme une institution à part entière. C'est ainsi grâce à l'existence de ce canevas commun institutionnel que les services publics pénitentiaire et psychiatrique vont pouvoir d'autant plus aisément broder pour l'adapter à leurs particularités.

¹⁹⁵¹ M. HECQUARD-THERON, « De la mesure d'ordre intérieur », *op. cit.*, 1981, p. 243

¹⁹⁵² La définition la plus aboutie de l'institution donnée par Maurice HAURIOU, qui a travaillé durant près de trente ans à l'élaboration de cette théorie, est énoncée en 1925. Il s'agit « [...] *d'une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé par la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » (M. HAURIOU, La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, IV^e cahier de la nouvelle journée, 1925, p. 10). C'est une approche sociologique, et même interdisciplinaire, s'inspirant des sciences exactes autant que de la philosophie et de la sociologie, qu'opère le Doyen HAURIOU, pour en donner une analyse essentialiste. La fonction qu'il donne au droit dans ce cadre est particulièrement intéressante eu égard à notre étude : ce dernier n'y a pas un rôle créateur mais est « *un élément de réaction* » (E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30/31 p. 399). C'est l'action humaine qui est à la base de la création de l'institution, par contre, le droit permet à l'institution de perdurer, sans quoi la force créatrice humaine, de l'ordre de l'impulsion, ne parviendrait pas à maintenir son oeuvre dans la durée. On se place là dans le rapport dialectique instituant/institué, chacun ayant besoin de l'autre pour faire vivre l'institution: « [...] *[a]insi, ce n'est pas le droit qui crée l'institution, mais l'institution, et chaque institution, qui génère nécessairement du droit par le processus qui crée l'institué contre la tendance de l'instituant à se dissoudre dans la durée.* » (E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.*, 1995, p. 399. Les termes sont soulignés par l'auteur dans le texte d'origine). C'est ainsi dans le cadre de cette « *intérieurisation* » de « *l'idée d'oeuvre* », -cette idée au fondement de l'institution-, que le droit trouve sa place institutionnelle en deux jeux de normes distincts, celles disciplinaires visant « [...] *le maintien de la cohésion à l'intérieur de l'institution* [...] » et celles statutaires visant « [...] *le maintien de la structure de l'institution* [...] » (P. COMBEAU, *L'activité juridique interne de l'administration. op. cit.*, 2000, p. 274).

¹⁹⁵³ J.-A. MAZIERES, *Cours de doctorat*, cité par M. HECQUARD-THERON, « De la mesure d'ordre intérieur », *op. cit.*, 1981, p. 243

§ 2. « Un passé qui ne passe pas » : deux services publics construits autour de la privation de liberté, deux institutions aux réminiscences totalitaires

Au-delà de la dimension institutionnelle intrinsèque aux services publics de manière générale, les deux services publics de la psychiatrie d'une part et pénitentiaire d'autre part, demeurent de manière très appuyée des institutions, parallèlement à leur nouvelle nature administrative. Et même, doit-on encore faire état de réminiscences totalitaires. Leur procédé principal pour mener à bien leur mission, la privation de liberté, cristallise leur particularité et les conséquences directes ou médiatees provoquées sur l'organisation du service ainsi que sur ses relations singulières envers ses « usagers » comme envers l'extérieur. Cette dimension institutionnelle se retire cependant à l'arrière-plan pour ne plus transparaître qu'en demi-teinte derrière le nouveau paradigme du service public qu'arborent ces deux mondes. Mais cela n'empêche pas le Professeur CHEVALLIER de qualifier ces deux services d'institutions à part entière, en les différenciant même des autres institutions par leur unicité, leur cohérence unicentree et la coercition qu'elles exercent. Elles sont la réponse à l'épuisement de toutes les ressources institutionnelles, lorsque l'individu refuse de rentrer dans les cadres sociétaux communs¹⁹⁵⁴, précipitant de manière plus concentrée les caractéristiques institutionnelles dans le sens de davantage de rigueur.

En premier lieu, reprendre les deux définitions de l'institution proposées l'une par le Professeur HECQUARD-THERON, l'autre par le Professeur CHEVALLIER et exposées ci-avant permet de vérifier que ces deux fournisseurs de prestation que sont les services publics psychiatrique et pénitentiaire ne démentent pas leur dimension institutionnelle. Mais au-delà de cette simple analyse, il paraît plus intéressant de s'appesantir plutôt sur l'application de l'analyse institutionnelle, plus fine, soumise par Jacques CHEVALLIER. L'exercice est probant concernant ces deux services qui rentrent pleinement dans le schéma proposé¹⁹⁵⁵ : en tant qu'ensembles collectifs, ces deux institutions connaissent effectivement un « mouvement de « spécification » »¹⁹⁵⁶, un territoire propre pouvant être délimité pour chacune, plutôt symbolique et établi en regard à des populations que déterminé en fonction d'une zone géographique. Des « frontières » circonscrivent par la suite effectivement cette « surface d'emprise » symbolique et « déterminent [...] le champ de [leur] « souveraineté » [respectives] »¹⁹⁵⁷, avec l'appropriation par ces institutions de compétences exclusives et le rejet de toute immixtion extérieure : comment mieux théoriser synthétiquement les analyses menées en première partie de ce travail sur l'évolution de la coupure entre chacune des deux institutions étudiées et le monde extérieur ? Car Monsieur CHEVALLIER n'écarte pas la nuance possible, avec des degrés d'étanchéité par rapport au monde extérieur éventuellement moindres ; ce que nous avons précisément pu constater dans les rapports actuels entre les deux services étudiés et la société, qui maintiennent toujours une barrière physique comme symbolique plus affirmée que bien d'autres institutions, mais qui peut s'avérer plus facilement franchissable qu'autrefois. Rappelons la privation de liberté qui singularise, à la base, ces deux institutions. Et dans tous les cas, le caractère ambivalent d'assujettissement/protection-sécurisation que chacune d'elles entretient dans ses relations avec ses usagers -ses « ressortissants » selon le vocabulaire du Professeur CHEVALLIER- est sans conteste.

¹⁹⁵⁴ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 31

¹⁹⁵⁵ Ne nous méprenons pas : il est acquis que l'analyse institutionnelle est une méthode d'étude d'un milieu, en l'occurrence d'une institution, plus précisément « [...] une étude des phénomènes sociaux à travers le prisme de l'institution » pour reprendre les termes du Professeur CHEVALLIER (J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 3). Notre intérêt pour ce procédé d'analyse émane de la nécessité, pour qu'il fonctionne, que l'objet qui lui est soumis soit une institution ou en possède les caractères. Dès lors, la faisabilité de cette analyse sur les deux services publics étudiés ici nous amène à penser que nous nous trouvons bien face à des institutions de manière encore plus évidente que pour la notion générale de service public, qui peut amener à des conclusions moins tranchées. Et ce sachant qu'elles répondent en outre à la définition préalable donnée par l'auteur d'une institution. La plus grande finesse d'analyse que cette étude amène à effectuer permet de nettement faire ressortir cette dimension institutionnelle, même si seuls certains pans de l'étude ont été appliqués, - ceux correspondants à l'étude des institutions prises individuellement et non dans leurs interrelations au sein de la société -, de même que nous nous sommes cantonnés à la définition statique classique et non à celle dialectique.

¹⁹⁵⁶ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 13

¹⁹⁵⁷ *Idem* p. 14

Elles connaissent également le « mouvement de « différenciation » »¹⁹⁵⁸ qui divise les personnes concernées en groupes sociaux hiérarchisés, souvent opposés, la principale fracture séparant les agents ou représentants de l'institution d'un côté, des clients, usagers, en tout cas la population-cible des prestations fournies par le service de l'autre. On retrouve ainsi les deux pôles principaux des clivages, se manifestant par les rôles reconnus à chacun au sein de l'institution autour de la notion d'ordre et de discipline à inculquer, les comportements attribués, les droits et devoirs reconnus, les pouvoirs des uns sur les autres. Les deux populations sont radicalement ségrégées, en théorie, tous ces points les opposant de manière antagonique, chacune restant pourtant, de sa place, une « *totalité[...] agissante[...]* »¹⁹⁵⁹. Cette tension constante est « *nécessaire à la vie des institutions* »¹⁹⁶⁰. La présentation serait caricaturale si elle s'arrêtait à cette homogénéité de façade de chacun des groupes, en réalité eux-mêmes divisés de manière interne : à la hiérarchie officiellement pensée qui organise et divise le groupe des agents ainsi qu'aux rivalités horizontales entre personnes répond la structuration plus précaire et sauvage, officieuse, du groupe des ressortissants. Des clivages internes ouvrant éventuellement à des ententes inter-groupes faisant fi de la fracture essentielle institutionnelle, et qui viennent ainsi éventuellement perturber le schéma bi-partite simpliste initial. Si ce dernier demeure juste, il doit donc être relativisé. Une réalité que l'on retrouve sous ces différents aspects au sein de la prison comme de l'hôpital psychiatrique, - notamment de ses unités fermées¹⁹⁶¹.

Enfin, un « mouvement « d'unification » »¹⁹⁶² traverse également ces institutions. Un sentiment d'appartenance qui amène à souligner un discours communautaire, rendant agents et ressortissants solidaires envers l'extérieur, soudés, selon ce discours, autour d'« *intérêts communs* », d'une « *figure symbolique* » et d'une « *autorité instituée* »¹⁹⁶³. Une identité est ainsi donnée à ces personnes ayant affaire à l'institution, qu'elles y travaillent ou qu'elles y soient soumises (« *figure symbolique* ») ; une désincarnation du pouvoir remis à une autorité totémique qui permet d'imposer des règles de conduite professionnelles aux agents et de faciliter l'acceptation des contraintes et du rapport d'assujettissement auquel doivent se soumettre les ressortissants (« *autorité instituée* »). Ce jeu sur un rapport éventuellement passionnel, aussi bien pour les ressortissants que pour les agents, paraît se vérifier de manière plus certaine dans les services publics étudiés, anciennes institutions totales à la forte « personnalité », que dans des services publics plus classiques et moins intrusifs dans la vie quotidienne, moins paternalistes envers leur public.

Le rapport à l'individu est également significatif de la dimension institutionnelle de ces services et porte à être étudié plus spécifiquement. L'individu est en effet associé à l'institution par un lien réciproque *quasi* vital selon Jacques CHEVALLIER : cette dernière ne trouve existence et raison d'être que *via* « *la participation active des individus* »¹⁹⁶⁴ qui en sont l'énergie et le bras exécutant, de même qu'à l'inverse, les individus se placent au centre d'un véritable tissu institutionnel auquel il est difficile d'échapper et qui forme l'« *armature de la vie sociale* »¹⁹⁶⁵

En premier lieu, ce rapport de l'individu à l'institution doit être lu comme la traduction du rapport à la Loi, eu égard à sa nature normalisatrice ; la frontière entre, d'une part, la simple (ré)éducation et, d'autre part, le formatage de clones comportementaux à un modèle imposé – comme cela s'effectue dans les institutions totalitaires – est à étudier. Sur ce plan, la prison comme l'hôpital psychiatrique ont fait preuve de fluctuations, l'évolution ayant abouti à une libéralisation

¹⁹⁵⁸ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 13

¹⁹⁵⁹ *Idem* p. 15

¹⁹⁶⁰ *Idem* p. 15

¹⁹⁶¹ Cet état de fait est constaté et fréquemment rappelé dans les rapports entre surveillants et détenus. De même, la manière de concevoir le soin peut cliver des équipes soignantes, certains de leurs membres pouvant défendre des positions proches de celles des patients.

¹⁹⁶² J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 14

¹⁹⁶³ *Idem* p. 17

¹⁹⁶⁴ *Idem* p. 23

¹⁹⁶⁵ *Idem* p. 23

du modèle de l'institution totale et à l'effondrement de son aspect totalitaire ; mais ils restent bien des lieux de redressement ou à tout le moins de modifications des comportements considérés comme déviants par rapport aux règles de vie sociétales minimales, -que cela s'appelle éducation, apprentissage, réadaptation ou réinsertion-. L'institution, dans tous les cas, définit bien un corps de règles, -droits, devoirs voire obligations-, plus ou moins fournies et contraignantes, mais qu'elle veille à faire respecter et dont elle sanctionne les entorses. Et il serait propre à l'évolution institutionnelle de glisser d'une emprise par la règle (jeu de la permission, interdiction, sanction) à une emprise par le contrôle des individus. Une évolution qui fait passer, selon les termes du Professeur CHEVALLIER, de l'emprise « négative »¹⁹⁶⁶ (« [...] délimiter le champ du licite par l'édiction d'interdits [...] »¹⁹⁶⁷) à l'emprise « positive » : l'énoncé, non plus de ce qui est interdit mais « [...] de ce qui est exigé des ressortissants [...] »¹⁹⁶⁸, ce qui amènerait l'institution « [...] à s'immiscer toujours plus profondément dans l'intimité de [ces individus] »¹⁹⁶⁹ par une densification du contrôle comme du maillage des règles à respecter. Sur ce point, les mondes psychiatrique et pénitentiaire avaient vraisemblablement atteint des efficacités extrêmes du temps de leur nature paradigmatique totalitaire et ne pouvaient être appelés qu'à se libéraliser sur ce point. Que le service public, pour sa part, évolue en ce sens, et que dès lors, cette dimension de contrôle présente dans les services psychiatriques et pénitentiaires, de par la singularité de leur mission et des procédés afférents qu'ils emploient, perde sa particularité pour converger vers cette forme de banalisation du contrôle n'est par contre pas improbable.

Par ailleurs, seconde dimension du rapport de l'individu à l'institution, ce dernier se tient dans une relation ambivalente avec elle, hésitant entre un mouvement d'attraction, constitué par sa dimension maternante, protectrice et sécurisante, pouvant même aller jusqu'à donner un sens à la vie de certains êtres en les inscrivant dans une perspective collective durable, et un mouvement de « répulsion » dans sa fonction normalisatrice et répressive. Une relation qui se manifesterait au plan de l'individu par des réactions de rejet et de désobéissance ou de soumission, de docilité, chacune de ces attitudes portant son lot de falsification, d'apparences trompeuses afin de se jouer et d'utiliser l'institution à son profit. Autant de comportements et de positionnements passionnels ou rationalisés qui se retrouvent vraisemblablement dans les rapports entretenus par les usagers à l'égard des services publics en général, et *a fortiori*, en tout cas, dans les univers pénitentiaire et psychiatrique.

Mais les services publics psychiatrique comme pénitentiaire, par-delà la dimension institutionnelle évidente qui leur demeure attachée, conservent, malgré leurs efforts, des résonances d'institution totale d'une part, et même totalitaire sur quelques caractéristiques d'autre part. Si ils ne peuvent plus être qualifiés de la sorte au regard des importantes évolutions qu'ils ont su assumer¹⁹⁷⁰,

¹⁹⁶⁶ J. CHEVALLIER, « L'analyse institutionnelle », dans CURAPP, *L'institution*, op. cit., 1981, p. 25

¹⁹⁶⁷ *Idem* p. 25

¹⁹⁶⁸ *Idem* p. 25

¹⁹⁶⁹ *idem* p. 25

¹⁹⁷⁰ Cette thèse est déjà un parti pris, tout un courant doctrinal jugeant, au contraire, que la prison notamment, demeure une institution totale ; s'appuyant sur la précaution méthodologique prise par Erving GOFFMAN, qui signale au début d'*Asiles* qu'« [...] aucun des traits que je vais décrire ne s'applique aux seules institutions totalitaires et aucun ne se trouve partagé au même titre par chacune [...] » (op. cit., p. 47), des auteurs, parmi lesquels Corinne ROSTAING (« Pertinence et actualité du concept d'institution totale : à propos des prisons », dans Ch. AMOUROUS et A. BLANC (dir.), *Erving GOFFMAN et les institutions totales*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2001, pp. 137-153), n'érigent pas au rang de caractère nécessaire la fermeture au monde extérieur de l'institution (C. ROSTAING, « Pertinence et actualité du concept d'institution totale », op. cit., 2001, p. 143). Préférant le courant représenté par d'autres sociologues éminents, tels que Guy LEMIRE ou Antoinette CHAUVENET, Georges BENGUIGUI, Françoise ORLIC, nous considérons que l'ouverture des mondes psychiatrique et pénitentiaire, qui s'effectue en parallèle à toute la série d'assouplissements exposés dans le chapitre précédent, est significatif d'une disparition du paradigme de l'institution totale pris en bloc. Il s'agit de se reporter aux caractérisations de ces deux institutions totales précises, qui se définissaient en tant que tel sur un certain nombre de critères ; c'est l'effritement de ce cumul de critères propre à toutes deux qui amène à parler de disparition de la dimension d'institution totale pour ces deux institutions-là. On se retrouve face au hiatus existant entre la création de grands modèles et leur application à la réalité, en l'occurrence les institutions étudiées. La position défendue par Corinne ROSTAING est même antagonique par rapport à la nôtre dans la mesure où elle part de la persistance d'un certain nombre de caractères de l'institution totale pour démontrer la persistance du paradigme là où

leur procédé commun permettant l'accomplissement de leurs missions respectives, la privation de liberté, les amènent à garder certains modes de fonctionnement, certains modes opératoires, certains pans de leur organisation administrative caractéristiques *a priori* des institutions totales et de celles totalitaires. Ces réminiscences, au sein d'institutions totales et totalitaires désormais policées et intégrées au service public, prennent d'autant plus de relief dès qu'elles sont posées en regard de la remarque déjà évoquée de Danièle LOCHAK «[...] *l'institution totalitaire apparaît à la fois comme l'envers de la société libérale et sa vocation profonde, comme un monde séparé de la société normale et la condition même de son existence. [...] Soustraite aux régulations de la vie sociale normale, elle en est pourtant le sous-produit nécessaire, puisqu'elle organise la séquestration et permet la mise à l'écart de ceux qui ne peuvent ou ne veulent jouer le jeu de la société libérale. [...]* »¹⁹⁷¹ à laquelle il faut adjoindre celle de Robert CASTEL «[...] *toute institution est totalitaire par vocation profonde* »¹⁹⁷². Comme si il s'avérait impossible pour la société libérale de se débarrasser de toute concrétisation de ce paradigme, et alors même que par principe, par essence, toute institution est posée sur un fil et risque toujours de basculer vers le régime totalitaire.

Il est clair, si l'on reprend la définition donnée par Erving GOFFMAN des différents critères participant à la définition de l'institution totale, que les mondes psychiatrique et pénitentiaire restent des univers clos, où la privation de liberté d'aller et de venir reste bien une réalité quotidienne et, d'un certain sens, un critère de définition de ces deux institutions ; des univers « *spécifique[s]* »¹⁹⁷³, spécialisés dans un domaine d'activité précis ; des univers encore partiellement coupés du reste du monde, quelle que soit l'importance des avancées salutaires qui ont pu être effectuées sur ce point ; des univers où le contrôle sur les activités et la vie quotidienne de ceux qui y vivent reste très intense ; des univers où la discipline réellement exigée des ressortissants demeure plus rigide que dans la plupart des autres services publics, cette discipline étant particulièrement normée et plus intrusive dans la vie personnelle et quotidienne des usagers ... et pour cause puisque, à la différence de la plupart des autres services, ces deux-là prennent intégralement la personne en charge, la transformant en pensionnaire à temps complet. Cette attitude renvoie même au cœur de l'activité, la prise en charge plus distanciée de personnes vivant dans le siècle n'étant, pour les cas qui nous intéressent, qu'une étape postérieure dans le traitement ou ce processus de réadaptation.

Pourtant, peut-on encore réellement parler d'institutions totales d'une part, d'institutions totalitaires d'autre part ? La question est double. Pour les premières, nous avons conclu par la négative, à la différence de tout un courant doctrinal qui considère que le caractère d'institution totale ne naît pas de la convergence de tous ces critères mais apparaît dès que quelques-uns sont réunis¹⁹⁷⁴. Nous tenons la même ligne, dans une certaine cohérence théorique d'ailleurs, en ce qui concerne le caractère totalitaire de ces institutions.

L'attribution du caractère d'institution totale nous paraît davantage affaire de cumul de caractères et de degré. En effet, rappelons-le, si la liste des critères propres à définir une institution totale et toujours présents au sein de ces deux services demeure importante, leur intensité sur un

nous abordons ces mêmes caractères sous l'angle de la discontinuité nouvelle instaurée dans la définition de l'institution totale qui ne conserve plus que certains de ses anciens critères constitutifs ; le maintien de ces critères mercenaires nous amène à souligner un phénomène de rupture dans la continuité, un changement de paradigme qui voit cependant réémerger d'anciens caractères s'infiltrant dans le nouveau schéma.

¹⁹⁷¹ D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 126. On rappelle que l'auteur fait dans cet article l'association immédiate entre l'institution « totale » et « totalitaire » (cf. *supra* commentaire sur le sujet, pp. 16-18).

¹⁹⁷² R. CASTEL, « Présentation » à l'édition française d'*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, de E. GOFFMAN, *op. cit.*, 1968, p. 34. L'emploi du terme « totalitaire » dans cette citation se signale également par son ambivalence. Recontextualisé dans la préface d'*Asiles*, il semble renvoyer à la fois au modèle de l'institution totale et à la dimension totalitaire dont elle ne peut se départir. C'est pourtant au sens premier de « totale » que l'auteur semble renvoyer à première vue : il utilise les critères de GOFFMAN et traite de l'objet d'étude de ce dernier la « total institution » dans sa « présentation ». La dimension totalitaire transparaît pourtant incontestablement du reste de son texte, sans compter que le choix de ce terme pour traduction, alors même qu'il avait à disposition celui de « total » est de toute évidence lourd de sens.

¹⁹⁷³ E. GOFFMAN repris par D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », dans CURAPP, *L'institution, op. cit.*, 1981, p. 126

¹⁹⁷⁴ Cf. par exemple C. ROSTAING, « Pertinence et actualité du concept d'institution totale », *op. cit.*, 2001, p. 139

plan sociologique autant que celle de leur nature liberticide et autoritaire est largement adoucie par rapport à celle imposée dans les institutions de type totalitaire. Que ce soit donc en regard du paradigme de l'institution totale ou de celui plus juridique de l'institution totalitaire, la révolution nous paraît consommée. Il nous paraît plus adapté de parler de réminiscences, réappropriées par les deux services publics et traduites précisément dans le vocabulaire et dans les classifications d'actes administratifs de cette nouvelle notion.

Concernant le caractère totalitaire, pour commencer, l'étude du rapport de l'institution totalitaire à la règle de droit dans la continuité de la place du droit dans la société libérale, menée par Danièle LOCHAK, est éclairante sur ce point. L'institution totalitaire est loin d'ignorer le droit, au contraire -on a pu s'en convaincre dans les chapitres précédents-, elle édicte des règles à profusion mais elle perd le sens profond de ce dernier. Elle ne place plus ses ressortissants et agents face au Droit mais face à une normalisation organisée des comportements, une normativisation à outrance, une instrumentalisation de la règle afin de discipliner les corps et/ou les esprits, un lieu où « [...] la discipline devient [...] une fin en soi [...] »¹⁹⁷⁵, un lieu destiné « [...] à fabriquer des individus soumis et dociles »¹⁹⁷⁶. Elle utilise la discipline immanente à toute institution en la poussant au paroxysme de la rigueur et de la minutie, en visant l'assujettissement de l'individu là où l'institution libérale visera simplement à organiser un fonctionnement interne cohérent et efficace. Elle s'extraît du régime commun composé des valeurs fondamentales reconnues par la société, à commencer par l'Etat de droit et libéral, pour composer son ordre propre contradictoire avec plusieurs de ces principes.

Or, si effectivement la discipline peut demeurer sévère et stricte dans les univers pénitentiaire et psychiatrique, si effectivement on parle encore de la « Loi de l'interdit » au sein de l'administration pénitentiaire - « tout ce qui n'est pas expressément permis est interdit »-, à rebours du principe de liberté propre aux sociétés libérales, si effectivement un certain nombre de pouvoirs exorbitants persistent en faveur des autorités psychiatriques et pénitentiaires, la vie de ces services s'ouvre progressivement aux principes libéraux placés aux fondements de la société actuelle. Il ne s'agit plus d'un fonctionnement complètement autarcique et dans son ensemble exorbitant du droit commun mais de services fonctionnant par principe selon les préceptes du droit commun et dont certains pans demeurent assujettis à des règles spéciales. Certes, nous raisonnons là en termes paradigmatiques, l'étendue de la soumission au droit exorbitant s'avère encore importante, les règles particulières irriguent encore tous les domaines, de la vie pénitentiaire notamment, mais il s'agit de souligner une évolution en cours¹⁹⁷⁷.

Il en va de même au niveau de l'institution totale : les contrôles s'instaurent, l'ouverture sur l'extérieur s'accroît. De même, l'évolution du regard porté sur le fou et le délinquant, sur le rôle du traitement psychiatrique et sur le sens de la peine a banni l'objectif de normalisation recherché par l'institution totale, anéantissant du même coup le prolongement totalitaire du phénomène. La marge peut paraître ténue, il s'agit aujourd'hui de réadaptation et réinsertion dans la société là où hier on parlait de redressement. En réalité, le fossé est important si l'on se penche sur la teneur des discours, la nuance reposant sur la valeur de la liberté individuelle et du droit à la différence. Il ne s'agit plus que d'inculquer les normes sociétales minimales visant à son fonctionnement correct là où autrefois il fallait s'assurer du respect de la conformité à un modèle.

¹⁹⁷⁵ D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », dans CURAPP, *L'institution*, op. cit., 1981, p. 131

¹⁹⁷⁶ *Idem*, p. 131

¹⁹⁷⁷ Il est intéressant sur ce point de relever le « tiraillement » dans lequel semble prise l'institution pénitentiaire, cherchant d'un côté à se poser comme service public de droit commun, les règles de droit commun devant s'appliquer en son sein, et ses demandes d'exception récurrentes par rapport à ces règles de droit commun. Eric PECHILLON relève par exemple, le cas des personnes accompagnant les personnes malades en fin de vie ou celui des personnes de confiance assistant les personnes malades qui doivent toutes obtenir un permis de visite les autorisant à des entretiens hors de la présence du personnel pénitentiaire pour officier en prison (article 49 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009) (E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *AJP*, 2009, p. 474, note 8). On peut d'ailleurs relever que, si ce phénomène est particulièrement accentué pour l'institution pénitentiaire, cette revendication d'un « droit à la différence » n'est pas son apanage, nombre de services publics faisant de même, selon cet auteur, dès qu'une nouvelle réglementation applicable dans les services publics de manière générale est édictée. (E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », op. cit., 2009, p. 474)

Il est certain que l'arbitraire réapparaît dans l'exercice du pouvoir dans ces services, manifestation parfois même d'une forme d'Etat de police persistant à la place de l'Etat de droit constitutif des systèmes libéraux, pour reprendre l'image du Professeur LOCHAK. Donc un Etat, comme elle le rappelle, qui « [...] *n'est pas un Etat sans droit, sans ordonnancement juridique, mais un Etat dont le droit, réduit à sa fonction instrumentale, ne représente en aucune façon une contrainte pour les détenteurs du pouvoir, dans la mesure où il ne garantit aux individus ni une sphère d'autonomie à l'abri des interventions du pouvoir, ni les moyens de s'opposer aux empiétements illégitimes de celui-ci.* »¹⁹⁷⁸. L'arbitraire transparaît notamment par l'imprécision des règles concernant des points cruciaux pour la prison ou par leur inexistence dans le cadre psychiatrique. Mais il ne s'agit plus d'une situation continue, les droits des usagers s'installent dans toute leur force juridique et prennent leur légitimité auprès du personnel, des contrôles externes sont organisés par les textes. Et bien que la réalité ne corresponde pas encore toujours, on l'a vu, aux désirs des rédacteurs de ces textes protecteurs, les mentalités semblent progresser et admettre, entériner concrètement les transformations de paradigme. De même, les usagers de ces deux institutions tendent, même si cela apparaît encore comme insuffisant, à gagner de l'autonomie, à obtenir de devenir davantage sujet acteur de leur vie, gagnant progressivement leur droit à la parole et au choix sur une infantilisation contreproductive quant à la réinsertion dans la société recherchée. Et une vision d'ensemble, conclusive, doit remarquer que le degré d'emprise de cette reconnaissance d'une autonomie nécessaire à la personne, d'une moindre infantilisation, de même que la place de la discipline dans la structuration de chacune des institutions actuelles souligne le degré d'avancement supérieur du monde psychiatrique sur celui carcéral. Il est ainsi révélateur que l'étiquette d'institution totale concerne un passé révolu pour l'institution psychiatrique et que cette position semble faire consensus, quelles que soient, par ailleurs, les critiques encore adressées au titre de la protection des droits fondamentaux des malades, tandis qu'au contraire, cette même étiquette est encore apposée par certains auteurs, sociologues notamment, sur la prison.

L'effritement du paradigme de l'institution totale au profit de celui de service public n'éradique donc pas intégralement les caractères des anciennes institutions psychiatrique ou carcérale. La mission de ces services, on l'a dit, et la situation de leur ressortissants¹⁹⁷⁹, privés de liberté, leur lien fort avec la notion de sécurité, notamment pour les tiers, et l'éventuelle dangerosité de populations qu'ils ont à prendre en charge, justifient le maintien de règles dérogatoires au droit commun, organisant pour certaines l'empiétement sur la liberté de ces personnes. Par essence, un ensemble de missions dont le cœur demeure, par-delà tous les discours, l'organisation de la privation de liberté de chacun de ses ressortissants est attentatoire aux libertés de l'individu. Nécessairement, la prise en charge d'une personne privée de liberté sans son consentement va entraîner l'octroi d'une série de pouvoirs spécifiques donnant les moyens à l'administration ou à l'équipe soignante de gérer les réactions de la personne, la vie de la collectivité, le fonctionnement du service ; des pouvoirs offrant nécessairement une emprise sur les personnes accueillies, à défaut de laquelle l'efficacité de l'action institutionnelle risque d'être compromise et derrière elle la sécurité de la société. Des pouvoirs remaquillés et intégrés dans le vocable et les pratiques du service public, sous une forme juridique acceptable dans un Etat de droit sous l'aspect de prérogatives de puissance publique, ces « *pouvoirs que les particuliers ne possèdent pas* »¹⁹⁸⁰ et que l'on retrouve en réalité souvent évoqués sous forme de pouvoirs reconnus aux agents ou aux chefs de service dans leurs relations d'autorité eu égard aux usagers : par exemple, la possibilité d'user d'armes pour les surveillants pénitentiaires, celle d'édicter des actes administratifs unilatéraux contraignants tels que toutes les décisions prises suite aux commissions de discipline pour le chef d'établissement pénitentiaire et, si l'on adopte cette vision, le droit d'user de tout moyen pour contenir la personne agitée en hôpital psychiatrique - contention physique, placement en cellule d'isolement, administration de force de médicaments -.

Mais en réalité, l'assurance de la privation de liberté, au sens de rôle confié à l'institution de

¹⁹⁷⁸ D. LOSCHAK [sic], « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires », dans CURAPP, *L'institution*, op. cit., 1981, p. 132

¹⁹⁷⁹ En tout cas, de ceux qui font l'objet de notre étude.

¹⁹⁸⁰ P. ESPLUGAS, *Le service public*, op. cit., 2002, p. 18

garantir le maintien des personnes prises en charge enfermées, de lutter contre fugues et évasions, n'est que la raison apparente de ces dérogations. Comme le souligne abondamment Eric PECHILLON tout au long de sa thèse, la légitimité affichée de ces pouvoirs exorbitants repose sur le principe de sécurité. Ce dernier est la justification première de la privation de liberté carcérale et irradie, par la suite, la justification de nombre d'autres mesures : des décisions visant à l'organisation de l'établissement en termes généraux, de la surveillance, du maintien de l'ordre jusqu'à celles individuelles pouvant brider des initiatives de détenus ou s'opposer à des requêtes sur des terrains comme le travail ou une activité de loisir sont généralement motivées sur des raisons de sécurité. Or il en va de même pour la privation de liberté et les mesures psychiatriques prises sans consentement du patient dans le cadre des hospitalisations sous contrainte, dès lors que l'on donne à la notion de sécurité tout son sens : la sécurité peut concerner autant les tiers et la société que la personne elle-même. Mesure de protection altruiste ou mesure de protection de la personne contre elle-même, contre son environnement, voire directement contre sa maladie, la dimension thérapeutique rejoint alors les motivations aux résonances davantage policières du sens le plus évident et le plus intuitif du terme. Ainsi la retrouve-t-on expressément dans les motivations aussi bien de l'hospitalisation d'office que, de manière moins directement affichée, dans celles de l'hospitalisation à la demande d'un tiers. Ainsi la retrouve-t-on, irradiant également les mesures médicales individuelles¹⁹⁸¹ ou d'organisation générale du service¹⁹⁸².

Incontestablement, les services publics psychiatriques et pénitentiaires conservent une dimension institutionnelle forte. Dimension soutenue par leur forme juridique même de service public ; dimension amplifiée par la nature si particulière de leur mission, tissant des liens serrés avec la privation de liberté et le principe de sécurité et qui les ramène à des logiques et des fonctionnements très endogènes sur certains points, voire à flirter encore parfois avec des réflexes caractéristiques des institutions totalitaires. L'enjeu de l'autorité en charge de ces services n'en devient que plus crucial.

SECTION II : LA PLACE ACTUELLE DU SECTEUR PRIVE ET LA QUESTION DU MONOPOLE ETATIQUE

Les deux services publics en cause illustrent chacun une forme de rapport possible avec le secteur privé : tandis que le service public pénitentiaire reste un monopole étatique (I), le service public psychiatrique s'ouvre au secteur privé de manière beaucoup plus large, étant ce que Louis FAVOREU a qualifié de service public constitutionnel de « *second type* »¹⁹⁸³ (II).

¹⁹⁸¹ Les exemples les plus évidents concernent les mesures de placement en chambre de sécurité et d'isolement dans beaucoup de cas, celles de pause de contentions mécaniques etc.

¹⁹⁸² On peut mentionner, à titre d'exemples, les mesures figurant généralement dans les protocoles d'accueil des patients dans les unités fermées permettant de les déposséder le temps du séjour de tout instrument dangereux tels que les couteaux etc, les interdictions de pénétrer dans les chambres des autres patients, l'obligation de faire fonctionner les appareils électriques avec des piles et non sur le réseau électrique, ce qui impliquerait des fils de raccordement etc. Sans compter les normes de sécurité au plan architectural et d'aménagements des lieux de vie qui doivent respecter des impératifs « anti-suicides » propres à ces unités (douches sans tuyau de raccordement, fenêtres sans possibilité d'ouverture complète etc.).

¹⁹⁸³ L. FAVOREU cité par P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit., 1994, p. 34

I. LE SERVICE PUBLIC PENITENTIAIRE, UN MONOPOLE ETATIQUE

La question de la place du secteur privé par rapport à la prise en charge de la gestion d'établissements pénitentiaires s'est posée de nouveau en 1986-1987, lorsqu'il s'est agi, en France, de répondre à la forte surpopulation carcérale par la décision d'un plan de construction de places de prison de grande ampleur. Ce qui a pris pour nom « le débat sur la privatisation des prisons » a amené la population française, ses juristes et ses hommes politiques à se pencher de manière pointue sur la place de la peine par rapport à l'organisation de la société et sur l'identité mais aussi la nature de celui qui devra prendre en charge l'exécution de cette peine, prononcée au nom du peuple français.

Il est vrai que de privatisation, le débat n'en avait que le nom polémique, le projet de loi originel ne proposant pas de transférer à un secteur privé pleinement autonome et indépendant la prise en charge d'établissements pénitentiaires. Dès l'origine, un certain nombre de garde-fous étaient posés afin que l'Etat garde le contrôle de cette gestion par une entreprise privée. Néanmoins, poser le débat en ces termes excessifs a permis d'alerter la population et de lui faire prendre part à un débat autrement trop subtilement juridique. Or la mobilisation ne paraissait pas incongrue pour un sujet qui impliquait cette population dans sa totalité en tant que masse citoyenne, précisément au nom de laquelle justice est rendue et peine attribuée.

Trois pôles argumentaires ont scandé inexorablement les débats : aux arguments constitutionnels (A) sont accrochés une deuxième vague d'arguments, d'ordre économico-éthique (B). Ces deux principales sources d'arguments juridiques laissant généralement chaque parti campé sur sa position originelle, de maigres arguments historiques tentent de renforcer la thèse soutenue (C).

A · L'OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE CONSERVER UN MONOPOLE ETATIQUE : QUEL STATUT POUR LA FORCE PENITENTIAIRE ?

Pierre ESPLUGAS comme Eric PECHILLON s'alignent sur la position de François LUCHAIRE, considérant que la mission impartie aux établissements pénitentiaires de prise en charge des détenus appartient au bloc de constitutionnalité. Le service public pénitentiaire serait ainsi un service public constitutionnel, ces services imposés par la Constitution et ainsi les seuls à ne pas pouvoir être privatisés, leur existence et leur nature publique ne dépendant pas de la volonté du législateur¹⁹⁸⁴. Ces auteurs rattachent en effet cette mission directement à la force publique, expressément posée comme un attribut et dont l'organisation est un devoir de l'Etat, par l'article 12 de la DDHC : « *La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux à qui elle est confiée.* ». Au premier critère de définition du service public constitutionnel, celui de la nécessité constitutionnelle de l'existence d'un tel service, se rajoute le second, celui organique : un tel service public ne peut être pris en charge que par une personne publique¹⁹⁸⁵. Or apparaissent clairement dans la formulation de l'article 12 DDHC à la fois l'obligation d'organisation de cette force publique et l'interdiction de sa privatisation, donc la nécessité, en conséquence, que l'Etat en détienne le monopole. Rappelons pour étayer cette position l'assertion de Max WEBER : dans une

¹⁹⁸⁴ Cf *supra*. Cf. explication du service public constitutionnel par Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public, op. cit.*, 1994, pp. 17-18 et pp. 20-24 notamment. Nous avons conscience de nous situer ici sur un parti pris théorique, s'appuyant sur des interprétations et déductions à partir d'indices donnés par le Conseil constitutionnel notamment, et distinguant services publics constitutionnels de premier et de second rang. Il ne s'agit pas, par cette distinction, de mépriser les droits-créances, mais de relever une différence qui nous semble demeurer entre certaines fonctions de souveraineté imposant une rétention de l'intégralité de la prise en charge de la mission régalienne par une personne publique et les autres qui, quoique requérant également l'instauration d'un service public pour leur assouvissement, permettent davantage de souplesse dans cette organisation.

¹⁹⁸⁵ La décision-phare du Conseil constitutionnel à propos de ce concept de « *service public constitutionnel* » est celle où il en traite pour la première fois, sa décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, « *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* », *Recueil des décisions du CC*, 1986, pp. 61-75

société démocratique, l'Etat est « *le groupe politique qui [...] revendique avec succès le monopole de la contrainte légitime* »¹⁹⁸⁶. La force publique, émanation directe de la souveraineté étatique, se retrouve ainsi confirmée scientifiquement dans son statut de « [...] *service public constitutionnel de premier rang* »¹⁹⁸⁷. Un statut qui, en ce qui concerne sa qualification de service public, « [...] *est tellement évident* [...] »¹⁹⁸⁸, si l'on reprend la remarque de Didier TRUCHET en 1982, précisément car les fonctions de souveraineté traditionnellement reconnues à l'Etat ne se discutent pas et semblent être un de ses apanages naturels¹⁹⁸⁹.

Reste à s'accorder sur le contenu de ce qui est désigné par force publique. C'est bien sur ce point que les discordes naissent au sujet du service public pénitentiaire. Louis FAVOREU dénie aux « [...] *gardiens de prison* [...] »¹⁹⁹⁰ toute appartenance à la force publique, au prétexte « [...] *qu'il ne viendrait à l'esprit de personne de ranger les gardiens de prison, aux côtés des C.R.S., des gendarmes et des gardiens de la paix, dans les forces de l'ordre. Encore moins de considérer que l'existence des gardiens de prison est « une garantie des droits de l'homme et du citoyen » qui, selon l'article XII de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, justifie l'entretien d'une « force publique »* »¹⁹⁹¹. Selon lui, en effet, il faut lire cet article 12 replacé dans son contexte historique : l'institution de cette force publique était, pour ces rédacteurs, « [...] *surtout la garantie du droit de propriété* »¹⁹⁹². C'est vraisemblablement bien mal connaître l'esprit humain, du moins de ses contemporains puisque, on l'a évoqué, avant Pierre ESPLUGAS et Eric PECHILLON, l'éminent Professeur LUCHAIRE a directement rattaché le service public pénitentiaire à cette force publique, -et ainsi plus largement à la « [...] *garantie de la sécurité* [matérielle des personnes et des biens] »¹⁹⁹³, prenant place dans ses développements sur le droit à la sûreté-, sans même considérer devoir s'expliquer davantage sur cette association ; sans doute lui paraissait-elle trop naturelle pour s'y appesantir¹⁹⁹⁴. Messieurs ESPLUGAS et PECHILLON sont davantage prolixes dans leur argumentaire : comme le rappelle le premier, il faut « [t]outefois [...] *observer que l'administration pénitentiaire participe à la neutralisation d'individus pouvant porter atteinte à la sécurité publique. L'essence de cette fonction n'est-elle pas alors identique à celle des forces de police* [...] ? »¹⁹⁹⁵. Il poursuit en concluant que le service public pénitentiaire « [...] *est un instrument de coercition,*

¹⁹⁸⁶ M. WEBER, *Le savant et le politique*, [Traduction de l'allemand]. Citation tirée de B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, op. cit., 1999, p. 18

¹⁹⁸⁷ P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit., 1994, p. 40

¹⁹⁸⁸ D. TRUCHET, « Label de service public et statut de service public », op. cit., 1982, p. 429

¹⁹⁸⁹ On pourra nous opposer que certaines fonctions dites souveraines, telles que celle monétaire, disparaissent de ce *corpus* de fonctions régaliennes étatiques. Le phénomène reste néanmoins suffisamment révolutionnaire pour être relevé en tant que tel, pour rarement laisser indifférent sur un plan idéologique voire **pour** être un enjeu politique, et surtout, pour avoir obligé à une réforme constitutionnelle (article C. 88-2 adopté suite à la décision du Conseil constitutionnel n°92-308 DC du 9/4/1992 de contrariété du Traité de Maastricht avec la rédaction alors en vigueur de la Constitution française). On notera enfin que c'est tout de même dans le sens d'une rétention de cette fonction en faveur d'un monopole supra-étatique qu'est allé ce dessaisissement étatique, et non, dans le sens contraire d'un éparpillement de l'exercice de la fonction par le biais d'une perte de monopole étatique.

¹⁹⁹⁰ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, Aix-en Provence et Paris, PUAM et Economica, coll. « *Le point sur* », 1987, p. 53

¹⁹⁹¹ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, p. 53. Il appuie son discours sur une analyse déductive de l'ancien article D. 175 du CPP (aujourd'hui l'article D. 283-6 CPP), la formulation employée prouvant *a contrario*, selon lui, que les membres du personnel de l'administration pénitentiaire seraient à distinguer des « [...] *forces préposées au maintien de l'ordre* [...] ». L'argument nous paraît mineur eu égard à la valeur du texte et en outre peu convaincant : l'assimilation ne doit-elle pas davantage être lue eu égard aux autorités ayant pouvoir de direction des opérations dans ces conditions exceptionnelles par exemple ? Peut-on réellement en tirer des conclusions générales sur le statut de la force pénitentiaire par rapport aux autres forces de l'ordre ?

¹⁹⁹² L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, p. 53

¹⁹⁹³ F. LUCHAIRE, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Paris, Economica, 1987, p. 372

¹⁹⁹⁴ *Idem* p. 374

¹⁹⁹⁵ P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit., 1994, pp. 48-49

[dont] [...] [l]a nature n'est [à ce titre] pas fondamentalement différente de celle des autres services publics participant à la règle de droit comme la police et la justice. »¹⁹⁹⁶. Quant au second, reconnaissant volontiers à Louis FAVOREU que l'activité de l'administration pénitentiaire se cantonne à l'exécution des peines et est à dissocier du « pouvoir de punir »¹⁹⁹⁷, -c'est-à-dire de prononcer les peines -, il en conclut qu'il s'agit là d'« [...] un argument incomplet pour refuser la valeur constitutionnelle au service public pénitentiaire. En effet, [...] [l]es services pénitentiaires représentent une expression fondamentale de l'organisation étatique française. Il ne s'agit pas d'une institution uniforme, mais son « noyau dur » permet de dégager une expression de la souveraineté [...]. »¹⁹⁹⁸. Ils sont « [...] un élément indispensable au maintien de l'ordre et de la sécurité publique [...] », mission qui « [...] représente un des fonctions essentielles de l'Etat »¹⁹⁹⁹. A cet égard est invoqué le décret du 8 août 1977 portant sur le statut des fonctionnaires des services extérieurs de l'administration pénitentiaire, qui affirme effectivement que « [d]ans le cadre des missions propres aux corps auxquels ils appartiennent, ces fonctionnaires participent au maintien de la sécurité publique. [...] »²⁰⁰⁰.

Dans la continuité de ces positions, Louis FAVOREU juge que cette force publique transférée à la gestion d'une entreprise privée, « [...] qui, d'ailleurs, par définition, n'en serait pas une puisqu'elle serait privée [...] »²⁰⁰¹, conserverait les caractéristiques d'asservissement à l'intérêt commun, participant ainsi pleinement au service public pénitentiaire et ne céderait en aucun cas à la tentation de servir en priorité « [...] l'intérêt de l'établissement privé »²⁰⁰² (c'est-à-dire, ici, l'entreprise privée gestionnaire d'un établissement pénitentiaire telle que souhaitait l'instaurer le projet de loi originel d'Albin CHALANDON). Pour asseoir cette assertion, le Doyen FAVOREU prend la comparaison d'un service public de transport : « [...] dira-t-on [d'un tel service] [...] qu'il est assuré dans l'intérêt du concessionnaire ? Certainement pas. Pourquoi alors le soutenir à propos du service pénitentiaire à la gestion duquel participe une personne privée ? »²⁰⁰³. Or, précisément François LUCHAIRE estime pour sa part qu'« [...] un concessionnaire a, par hypothèse, un but lucratif [...] »²⁰⁰⁴. Il en conclut d'une part que la force publique, qui « [...] ne peut servir, [selon l'article 12 DDHC], que pour « l'avantage de tous » et donc pour l'utilité publique et non pour « l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée » [...] ne peut donc être utilisée [au service de ce concessionnaire]. Ces considérations s'opposent à l'évidence à tout système de « privatisation » des prisons dans lequel toute contrainte à l'égard des détenus serait à la disposition d'un concessionnaire. »²⁰⁰⁵. Même si, à l'instar de Louis FAVOREU, on estime que la force en cause ne serait par définition plus publique, elle se rapproche de toute évidence de la force publique ne serait-ce que dans les prérogatives qu'elle posséderait alors eu égard à sa fonction au sein de l'établissement ; le raisonnement de François LUCHAIRE reste donc parfaitement pertinent.

Plus simplement, et en résumé, selon le Doyen FAVOREU, rien dans la Constitution ne s'oppose à la réforme du mode de gestion des établissements pénitentiaires et les objections « [...] »

¹⁹⁹⁶ *Idem* p. 49

¹⁹⁹⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 90; Cf. l'argumentaire en rapport de Louis FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, pp. 57-58

¹⁹⁹⁸ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 90

¹⁹⁹⁹ *Idem* p. 88

²⁰⁰⁰ Alinéa 2 de l'article 1er du décret n°77-904 du 8 août 1977 « modifiant le décret relatif au statut des fonctionnaires des services extérieurs de l'administration pénitentiaire », cité par E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 88, note 213

²⁰⁰¹ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, p. 54

²⁰⁰² *idem* p. 54

²⁰⁰³ *idem*, p. 54

²⁰⁰⁴ F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, op. cit., 1987, p. 374

²⁰⁰⁵ *Idem* p. 374

sembl[erai]ent moins traduire une solide conviction juridique que des préoccupations d'ordre moral ou politique que l'on veut, à tout prix, revêtir des habits du droit. »²⁰⁰⁶. C'est pourtant faire bien peu de cas des « barrière[s] constitutionnelle[s] »²⁰⁰⁷ soulevées et soutenues par de réelles argumentations juridiques par Messieurs LUCHAIRE, ESPLUGAS et PECHILLON. Mais c'est également renvoyer au deuxième soubassement argumentaire utilisé dans ce débat, en vue de conforter le champ constitutionnel qui reste dans la déduction et la supposition, le Conseil constitutionnel ne s'étant jamais prononcé directement sur la question de la « privatisation »²⁰⁰⁸ de ce service public ; soubassement argumentaire présenté maintenant.

B · L'ANTINOMIE SECTEUR PRIVE-MAINMISE SUR DES INDIVIDUS : LES ARGUMENTS ETHICO-ECONOMIQUES

Un certain nombre d'acteurs politiques dans ce débat dit « sur la privatisation des prisons », comme d'auteurs de doctrine juristes, confortent leur argumentaire par une mobilisation de la notion de « *souveraineté nationale* » et de ses attributs, dont traitent les articles 3 à la fois de la DDHC et de la Constitution du 4 octobre 1958. Là encore, si on considère qu'effectivement la mission de garde des détenus est une des missions de souveraineté, elle appartient en exclusivité à la puissance publique étatique car, comme l'explique Pierre ESPLUGAS, empruntant pour partie ses mots à Julien LAFERRIERE « [...] la souveraineté (interne) « consiste en ce que par rapport aux groupements ou aux individus établis sur son territoire, l'Etat possède une autorité libre qu'aucune puissance ne restreint ou ne conditionne ». En conséquence, confier certains services publics constitutionnels à des personnes privées ou à des collectivités locales aliénerait le principe de souveraineté indivisible de l'Etat. [...] Serait ainsi non conforme à la Constitution toute direction d'activité de souveraineté par d'autres personnes que l'Etat. Le fondement de souveraineté de certains services publics constitutionnels éclaire donc la conséquence organique déduite par le Conseil et constituée par l'impossibilité de transférer au secteur privé de telles activités. »²⁰⁰⁹. Il faut pourtant relativiser cette assertion : la jurisprudence constitutionnelle, notamment en la décision du 28 décembre 1990²⁰¹⁰, a admis l'exercice d'une mission de souveraineté, -et en l'espèce, il s'agissait de celle symbolique du recouvrement d'un impôt- par des personnes privées, dès lors que cette activité est effectuée sous le contrôle de l'Etat ou sous sa tutelle. Comme l'exprime Monsieur ESPLUGAS, l'impossibilité précédemment exposée prend ici un caractère « élastique »²⁰¹¹, sur lequel comptait précisément jouer le projet de loi originel de 1986. Ce qui confirme Louis FAVOREU dans sa conviction que rien ne s'oppose constitutionnellement, du moins sur le plan de l'article 3 (il ne traite pour sa part que de l'article de la Constitution), à ce que soit transférée à une ou plusieurs personnes privées la prise en charge d'établissements pénitentiaires, y compris au niveau de leur direction, à l'instar du modèle américain²⁰¹². Deux points doivent néanmoins retenir l'attention : en premier lieu, on peut conclure que, dans tous les cas, dans ce schéma, la privatisation au sens plein du terme des prisons, - à savoir le transfert de propriété à des personnes privées libres et indépendantes, qui acquièrent en conséquence une totale liberté dans leur pouvoir de direction et de décision pour la gestion et le fonctionnement de l'entreprise ou l'établissement privatisé -, reste interdite par la Constitution. En second lieu, il est troublant que, malgré la validité constitutionnelle *a priori* reconnue au projet de loi originel déposé par Albin

²⁰⁰⁶ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., p. 61

²⁰⁰⁷ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., 1998, p. 88

²⁰⁰⁸ On renvoie par ce terme à l'acception propre qu'il a prise au cours de ce débat de 1986.

²⁰⁰⁹ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, pp. 27-28, citant J. LAFERRIERE, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat », 1947, p. 359

²⁰¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, « Loi de finances pour 1991 », *Recueil des décisions du CC*, 1990, p. 103, cons. 42 à 46

²⁰¹¹ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 28

²⁰¹² L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, pp. 56-58

CHALANDON, le Sénat se soit évertué à le vider de cette trop grande autonomie accordée à la personne gestionnaire pour réinsuffler une forte présence étatique et que le Gouvernement ait rapidement renoncé à ses ambitions premières : dès la seconde proposition de loi, les fonctions de direction et de garde reviennent dans le giron étatique, avec un privilège d'exclusivité qui lui est reconnu pour ces fonctions, comme cela était le cas dès le départ pour le greffe. Au final, le secteur privé obtient une entrée en prison sur des activités annexes. Le coeur de la mission d'exécution des peines, toutes les activités touchant directement le coeur des libertés de l'individu à savoir toute la garde et la gestion de l'enfermement, pouvoir disciplinaire compris, sont demeurées sous la coupe étatique.

Sans doute la réponse se trouve t-elle, au moins pour partie, dans un attachement à la fois à l'ordre du symbolique et à un principe qui semble de sécurité juridique, pour éviter tout risque de débordement dans un domaine portant si directement atteinte à des libertés individuelles ancrées en l'homme. Le Conseil d'Etat lui-même aurait cédé à cet attachement, renvoyant, pour justifier son avis défavorable rendu à propos du projet de loi initial, à « *la tradition républicaine* »²⁰¹³, une notion à laquelle Louis FAVOREU refuse, dans son exposé au colloque aixois, toute valeur constitutionnelle et donc toute validité dans ce débat²⁰¹⁴. Pourtant, quels que soient les gardes-fous posés et le contrôle étatique maintenu, il est incontestable que le fait de concéder à des personnes privées un pouvoir sur d'autres individus, qui serait un pouvoir de discipline voire de coercition autant que de gestion n'est pas anodin. Il ne s'agit pas simplement, pour le chef d'établissement, d'user d'un pouvoir d'autorité similaire à celui d'un chef d'entreprise, exercé sur des personnes libres et qui ne se trouvent sous son emprise que durant leur temps de travail. En prison, c'est la vie entière du prisonnier qui est aliénée et dépend en grande partie des décisions de ce directeur d'établissement, alors que des considérations pécuniaires doivent rentrer dans les paramètres de gestion de ce même chef d'établissement. Cette confusion des genres peut paraître dangereuse, surtout dans un domaine où les dimensions de compassion ou de soins laissent plutôt la place à des rapports de force et à l'idée de punition. Il semble fondamental de conserver à l'Etat sa fonction souveraine d'exécution des peines. Symboliquement, autant pour le public que pour les détenus, cette dissociation des rôles à jouer dans la société semble plus saine ; au plan de la défense des droits et libertés, le maintien de l'étanchéité de cette répartition paraît plus sûre. Il ne s'agit pas de céder ici à la naïveté et de donner un blanc-seing à la puissance étatique. Néanmoins, il s'agit de tenir compte des nécessités du secteur libéral contraint de faire des bénéfices pour survivre, pendant que, dans ce cadre de report d'activité sur le secteur privé, l'Etat tend à se désengager et donc à s'inscrire dans une logique de réduction de ses dépenses : ce qui peut inciter d'un côté à commettre des écarts au détriment de la population pénale risque de l'autre de rendre moins efficace le contrôle faute de moyens suffisants. C'est dans cet esprit que la Commission des lois du Sénat rappelle que « [l']autorité publique se manifeste dans trois domaines essentiels qui relèvent de la souveraineté de l'Etat : la discipline, le pouvoir de coercition et le droit de détenir des armes. » et en conclut qu'« [i]l est donc indispensable de confier la direction de l'établissement à un fonctionnaire de l'Etat [qui] [...] sera chargé d'exercer les prérogatives de puissance publique dans l'établissement, notamment le maintien de l'ordre et de la sécurité ainsi que le prononcé des sanctions disciplinaires. »²⁰¹⁵, renforçant sur ce point le projet de loi initial proposé. Les infléchissements apportés au projet de loi originel ne s'arrêtent pas là puisque la commission explique que « [...] les agents qui assurent sous l'autorité du chef d'établissement l'encadrement du personnel de surveillance » -les actuelles fonctions de premier surveillant-, « [...] devraient être également [...] des fonctionnaires [...] »²⁰¹⁶.

Fernand BOULAN rajoute des arguments d'ordre purement administratif, notamment la coordination permanente nécessaire entre les établissements et leur direction, qui paraît plus simple

²⁰¹³ Cf. article du journal *Le Monde* daté du 16 novembre 1986

²⁰¹⁴ L. FAVOREU, « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, pp. 47-48

²⁰¹⁵ M. RUDLOFF, *Rapport relatif au fonctionnement des établissements pénitentiaires*, Sénat, n°102 (1986-1987), 10 décembre 1986, pp. 34-35

²⁰¹⁶ *idem* p. 35

à organiser au sein d'une administration hiérarchiquement maîtrisée²⁰¹⁷.

L'organisation d'un système de gestion carcérale impliquant le secteur privé, et donc faisant pénétrer la logique économique libérale en prison, a paru antinomique avec une gestion attentive des détenus. Le précédent historique des entreprises générales et leur fiasco au plan du respect de la population pénale, le seul objectif des entrepreneurs étant la recherche invétérée de bénéfices individuels exponentiels, a de toute évidence été un frein important à la réforme ambitieuse proposée par Albin CHALANDON. Il est clair que, comme le souligne Eric PECHILLON, « [...] rien ne s'oppose à ce que le souci financier ne pénètre en prison [...] ». ²⁰¹⁸ Au contraire, cette recherche d'efficacité économique participe de la mise en oeuvre du principe de qualité des services publics et était déjà une volonté à la fin des années 1980. Néanmoins, il s'agit de rester mesuré et de prioriser ces objectifs, sans faire passer la recherche de rentabilité en première ligne. Il est certain, comme le fait remarquer le même auteur, que « [...] la recherche de la sécurité optimale doit demeurer une priorité constante, or celle-ci n'est pas nécessairement compatible avec la recherche systématique de l'économie. » ²⁰¹⁹ En effet, tout un pan des dépenses vise le long terme et joue sur la contrainte psychologique. Les meilleurs exemples en sont les miradors dotés de gardiens armés ou « [...] les cours de tirs régulièrement proposés aux agents de surveillance » ²⁰²⁰ : bien rares sont les cas où ces agents ont à se servir de leur arme mais cela paraît néanmoins indispensable. Du point de vue de la pure rentabilité économique, pourtant, ce type de démarche n'est pas acceptable. Il en va de même de l'importance numérique du corps des surveillants de prisons ; le premier réflexe d'un financier est de le réduire au strict minimum, au prix notamment d'automatisation des établissements etc. Or, comme le souligne Eric PECHILLON et nombre de professionnels comme d'observateurs scientifiques avant et après lui, c'est un encadrement humain rapproché, ouvrant sur une meilleure socialisation qui est le premier vecteur d'une meilleure réintégration à la société. Des paramètres mathématiquement et donc économiquement difficilement quantifiables en termes de gains, tandis que cela nécessite des corps de surveillants comme de travailleurs sociaux suffisamment importants, ce qui se traduit, cette fois négativement, en termes de coûts, pour un économiste. Dès lors, même dans une recherche de l'optimisation des dépenses, la balance a de fortes chances de rester négative, dès lors que l'on tient d'abord à maintenir une réelle qualité du service. Une telle équation peut difficilement intéresser un entrepreneur motivé, malgré tout, d'abord par la recherche de profits. La logique de cette conclusion explique la crainte posée à l'encontre de la prise en charge par le secteur privé des établissements pénitentiaires.

Si un certain nombre d'objections posées, notamment dans le Rapport de mission effectuée pour étudier le modèle américain²⁰²¹, - modèle pionnier en la matière dans les années 1980-, ont été balayées par des réponses de principe telles que le renvoi au contenu du cahier des charges élaboré pour la circonstance²⁰²², il est apparu également dès le départ que seule une part de la prise en

²⁰¹⁷ F. BOULAN, « Rapport introductif », dans Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?, *op. cit.*, 1987, pp. 21-22

²⁰¹⁸ E. PECHILLON, Sécurité et droit du service public pénitentiaire, *op. cit.*, p. 86

²⁰¹⁹ *Idem* p. 87

²⁰²⁰ *Idem* p. 87

²⁰²¹ P. MAZEAUD dans P. MAZEAUD, F. ASENSI, E. AUBERT, G. BONNEMAISON, A. MAMY et Ph. MARCHAND, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à la suite d'une mission effectuée du 2 au 11 octobre 1986 sur les conditions de financement et de fonctionnement des établissements pénitentiaires aux Etats-Unis, Assemblée nationale, n°499 (session 1986-1987), 27 novembre 1986

²⁰²² Les questions, soulevées notamment par Pierre MAZEAUD portaient sur la responsabilité en cas d'incidents dans un de ces établissements à gestion privée, sur la remise en cause du principe de continuité des services publics en cas de faillite de la société privée concessionnaire, sur le problème de l'interdiction du droit de grève qui serait imposée à des salariés privés en contradiction avec le Préambule de 1946, enfin, et surtout, sur le risque « [...] d'incitation à l'augmentation du nombre de détenus, les sociétés privées ayant besoin que leurs établissements soient suffisamment remplis pour assurer leur équilibre financier. [...] ». Certes, *a priori*, l'autorité judiciaire, qui possède le pouvoir de décision des entrées et sorties de prisons, reste indépendante et extérieure à ces problèmes logistiques... (P. MAZEAUD dans P. MAZEAUD, F. ASENSI, E. AUBERT et alii, Rapport d'information [...] à la suite d'une mission effectuée du 2 au 11 octobre 1986 sur les conditions de financement et de fonctionnement des établissements pénitentiaires aux Etats-Unis, Assemblée nationale, n°499, *op. cit.*, 1986, pp. 54-55). Réponse a été faite notamment par Louis FAVOREU dans son intervention « Approche constitutionnelle du principe de la participation du secteur privé au fonctionnement du service public pénitentiaire » dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, *op. cit.*, 1987, pp. 58-59. L'argument de la rétribution du gestionnaire privé sur la base d'une

charge des détenus pourrait être ainsi confiée au secteur privé. Le seuil a oscillé au cours des débats parlementaires, entre les condamnés jusqu'à trois ou jusqu'à cinq ans de prison et relevant des centres de détention. Il s'agissait donc de maintenir une prise en charge étatique pour les détenus les plus dangereux et les condamnés aux longues peines, ce qui a amené le député Gilbert BONNEMAISON à parler de «[...] *privatisation du profit et de nationalisation du risque*. »²⁰²³.

L'amélioration de la condition carcérale et les droits des détenus ont également été invoqués en faveur du projet gouvernemental. Il faut en réalité se reporter au contexte : se plaçant par rapport au surpeuplement carcéral de l'époque, faute de places suffisantes en prisons, l'argument portait sur la plus grande rapidité de construction du secteur privé et, lors du projet originel, sur l'apport financier immédiat tandis que le Premier ministre avait refusé d'allouer, lors de la préparation du budget pour 1987, les fonds étatiques suffisants pour la construction de ces mêmes places. Tous les projets de scission plus fine entre les catégories de prisonniers n'étaient que la saisie d'une opportunité d'amélioration matérielle, par le biais du lancement de ce grand chantier, avec la construction de plusieurs établissements neufs.

L'amélioration de la condition carcérale et le meilleur respect du droit des détenus n'est donc pas indéfectiblement lié à l'entrée du secteur privé dans la prise en charge des établissements pénitentiaires ; au contraire, on l'a expliqué, la recherche de rentabilité peut même se retourner contre cet objectif humaniste.

C · LES AUTRES ARGUMENTS

Le précédent historique français de l'entreprise générale plane tel une âme damnée sur tout retour du secteur privé dans l'enceinte pénitentiaire. S'il s'agit de relativiser les craintes, cette expérience a néanmoins apporté plusieurs leçons, dont la principale reste la nécessité d'éradiquer toute tentative de monopolisation du pouvoir au sein d'un établissement par un secteur et par des personnes naturellement portées à la spéculation, logique libérale oblige. Dès lors il paraît nécessaire de conserver un pouvoir administratif étatique fort au sein de l'établissement et de travailler en collaboration avec un secteur privé de préférence segmenté au niveau de sa prise en charge d'activités, plusieurs prestataires différents intervenant. Cette participation doit s'appuyer sur des contrats et des cahiers des charges clairs, conservant à l'Etat une réelle autorité au sein de l'établissement, une indépendance et une possibilité de sanction à la mesure de l'abus éventuellement commis et constaté. Doivent s'y ajouter des contrôles externes, par des instances indépendantes, autorités administratives indépendantes, telles que le Contrôleur général des lieux de privation de liberté ou des inspections administratives spécialisées. Il faut enfin relever que la situation actuelle a considérablement évolué par rapport à celle connues dans les maisons centrales du XIXe siècle, et que les détenus ne sont plus soumis au musèlement et à l'impossibilité d'expression de leurs récriminations. On peut donc supposer que des abus trop significatifs seraient aujourd'hui éventés par le biais d'avocats ou d'intervenants extérieurs pénétrant chaque jour en prison.

Guy LEMIRE, éminent Professeur de criminologie québécois relève, par ailleurs, que ce précédent n'est pas un apanage français, mais que des expériences aussi calamiteuses ont eu lieu aux Etats-Unis, à la même période, et au Canada jusque dans les années 1960²⁰²⁴.

On renvoie également fréquemment, à commencer par le premier rapport établi sur la question par la commission des lois du Sénat²⁰²⁵, au régime appliqué aux mineurs délinquants pour

attribution forfaitaire générale, et non par tête de détenus pris en charge, excluant la logique de l'exploitation aux risques de l'exploitant présente notamment dans la concession de service public, a également été rétorqué.

²⁰²³ G. BONNEMAISON, dans P. MAZEAUD, F. ASENSI, E. AUBERT et alii, Rapport d'information [...] à la suite d'une mission effectuée du 2 au 11 octobre 1986 sur les conditions de financement et de fonctionnement des établissements pénitentiaires aux Etats-Unis, Assemblée nationale, n°499, *op. cit.*, 1986, p. 58

²⁰²⁴ Cf. son intervention lors des débats dans Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?, *op. cit.*, 1987, p. 102

²⁰²⁵ M. RUDLOFF, Rapport relatif au fonctionnement des établissements pénitentiaires, Sénat, n°102, *op. cit.*, 1986, p. 21

justifier de la constitutionnalité du mode de gestion en appelant à des entreprises privées habilitées. C'est oublier que ces établissements n'accueillent aujourd'hui que des mineurs faisant l'objet de mesures éducatives et non des mineurs condamnés à une peine de prison ferme. Il s'agit donc de comparer ce qui est comparable, en terme de peines prononcées et à faire exécuter. Concernant les mineurs incarcérés, depuis le décret du 12 septembre 1972, ils relèvent d'établissements pénitentiaires publics, autrefois quartiers pour mineurs aménagés spécialement dans des maisons d'arrêt, depuis 2007²⁰²⁶ dans des Etablissements Pénitentiaires pour Mineurs (EPM)²⁰²⁷.

En conclusion, il ne s'agit pas d'éradiquer le secteur privé ou de lui refuser l'entrée en prison. La mesure serait de toute évidence contre-productive. En réalité, il s'agit de travailler sur une autre logique : l'administration pénitentiaire doit s'attacher les services de spécialistes dans les domaines concernés par la détention – et ces derniers sont nombreux –, l'ensemble de la vie des individus étant, on l'a dit, concernée : restauration, hôtellerie, formation professionnelle, enseignement, culture, santé etc. Et dans ce cadre, le secteur privé a toute légitimité à proposer ses prestations, l'important étant, pour l'administration, d'obtenir des services de qualité à un rapport de prix acceptable, dans le respect des détenus et de leurs droits. Par contre, il demeure, par principe, fondamental que la direction et la gestion d'ensemble de ces établissements restent un monopole étatique au sens strict du terme. La loi du 24 novembre 2009 accentue un peu plus cette démarche de désenclavement en inscrivant dans la loi la logique de partenariat avec d'autres personnes publiques autant que privées, modifiant la formulation antérieure afin de valoriser cette nouvelle logique : il apparaît clairement que l'administration ne compte plus pouvoir agir seule, assumer toutes les fonctions nécessaires à la vie de la prison : le service public pénitentiaire est déclaré « [...] [être] assuré par l'administration pénitentiaire mais avec le concours des autres services de l'Etat, des collectivités territoriales, des associations et d'autres personnes publiques ou privées. »²⁰²⁸. Il s'agit de mobiliser toutes les forces – et les financements – possibles, de toutes natures, à tous les degrés de la décentralisation, et de ne définitivement plus craindre de s'allier avec le secteur privé²⁰²⁹. Seules les éternelles tâches strictement pénitentiaires, surveillance, direction, et greffe demeurent nécessairement des attributions de l'administration pénitentiaire, sans dérogation possible.

Il faut par contre relever que, le secteur des peines alternatives à la prison et des mesures de sûreté se développant, amène à laisser ouvrir de plus en plus le domaine de l'exécution des peines au secteur privé. Michel Van de KERCHOVE et Françoise TULKENS prennent ce mouvement pour preuve dans leur argumentation sur l'émergence d'une « *tendance [...] à la « privatisation » de certains aspects du droit pénal [...] »*²⁰³⁰. Ainsi, les nouvelles modalités d'exécution de la peine, à commencer par le placement sous surveillance électronique et le placement sous surveillance électronique mobile notamment, amènent l'administration pénitentiaire à faire appel à des sociétés privées chargées d'installer le système de bracelet et de surveiller la personne par ce biais

²⁰²⁶ Date d'ouverture des premiers établissements de ce type, créés par la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice » dite « loi Perben I »

²⁰²⁷ Cf. B. BOULOC, *Pénologie*, op. cit., 2005, p. 426. Monsieur OTTENHOF est également extrêmement explicite sur ce sujet lors de son intervention au colloque aixois (cf. *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, p. 69). La distinction avait également été évoquée par Fernand BOULAN dans son « Rapport introductif au même colloque (F. BOULAN, « Rapport introductif », dans *Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, op. cit., 1987, p. 17)

²⁰²⁸ Article 3 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁰²⁹ Ainsi que l'analyse Monsieur PECHILLON, « [c]ette recherche de partenariat conventionnel n'est pas juridiquement neutre car cela entraînera la multiplication des règles locales négociées et adaptées aux particularismes des infrastructures et des populations accueillies. », une nouvelle couche normative venant réglementer, en marge des règlements intérieurs, des segments de la vie pénitentiaire à l'intérieur d'un établissement, de manière localiste donc différenciés d'une prison à l'autre. (E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », op. cit., 2009, p. 476)

²⁰³⁰ F. TULKENS et M. Van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique et E. Story-Scentia, coll. « A la rencontre du droit », 1999, pp. 132-134. Citation p. 132

ensuite²⁰³¹. Jean DANET voit se profiler « [...] *une activité économique lucrative* [...] »²⁰³² dans cette prestation de service et une activité amenée à se développer de manière exponentielle.²⁰³³

Il faut en outre, et pour conclure, rajouter un argument : la meilleure rentabilité économique d'un système de gestion privée par rapport au système public n'est pas une vérité établie. Le dernier rapport de la Cour des comptes analyse, de manière approfondie, ces deux modes de gestion et en tire des conclusions pour le moins mitigées sur le plan de l'intérêt, pour l'administration pénitentiaire, à externaliser la prise en charge de nombre de postes d'activité, voire de la gestion intégrale des établissements. Sans compter que cela grève de manière intangible ses budgets, ce qui apparaît comme une lourde tare à la haute juridiction financière ; de plus, comme l'avait subodoré la Cour en 2006, les garanties financières mobilisées en faveur des prestataires privées, délégataires par obligation contractuelle, impriment, en contrecoup, une tendance à la restriction des moyens budgétaires affectés aux établissements encore en gestion traditionnelle et l'amènent à prévoir une inacceptable situation de « *prisons à deux vitesses* »²⁰³⁴. Ces constats peuvent s'avérer perturbants, mais ils doivent être analysés de près, à une période où la politique se tourne de plus en plus vers la délégation de gestion ; la Cour des comptes évalue une implication de la gestion déléguée, sous des formes éventuellement limitées (restauration, hôtellerie-buanderie dans le cadre d'établissements à gestion directe), pour la moitié des places de détention à courte échéance, sachant que 36 % des places de détention se trouvent déjà dans des établissements à gestion déléguée²⁰³⁵. La Cour insiste surtout sur la nécessité d'assurer un contrôle efficace sur les gestionnaires extérieurs, ce contrôle ayant déjà été amélioré suivant ses premières recommandations de 2006, avec notamment un nouveau système spécifiquement dédié à cette activité mis en place en 2007, la « Mission pour la Gestion Déléguée des établissements pénitentiaires » (MGD) ; dans ce cadre, le renforcement des exigences imposées aux délégataires comme des actions de contrôle des prestations, permet un suivi plus serré mais à parfaire. Le système de comparaison entre les coûts et les avantages des deux types de gestion en vigueur dans les prisons françaises n'est pas convaincant sur le plan méthodologique²⁰³⁶.

La présence du secteur privé est amplement plus ancrée dans le cadre hospitalier, et notamment dans celui de l'hospitalisation sous contrainte, alors même que cette mesure entraîne une forte prise d'ascendance, de la part du service, sur la personne. Des garde-fous tentent d'encadrer cette situation, s'expliquant elle-même à la fois par des facteurs historiques et par un

²⁰³¹ C'est la loi PERBEN du 9 septembre 2002 qui a en effet ouvert l'activité au secteur privé, modifiant l'article 723-9 CPP en conséquence. Ainsi, ce dernier précise désormais que « [l]a mise en oeuvre du dispositif technique permettant le contrôle à distance peut être confiée à une personne de droit privé habilitée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. » (al. 3). Cf. pour une étude poussée de l'état des lieux dans ce domaine, COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit, 2010, pp. 155-158

²⁰³² J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », série « Le Monde actuel », 2006, p. 309

²⁰³³ De la même manière, une nouvelle peine, certes non carcérale, comme les stages de citoyenneté est payante - selon ce qu'en décidera la juridiction de jugement, puisque c'est à elle de choisir si le stage s'effectuera aux frais du condamné (alinéa 1er de l'article 131-5-1 du code pénal)- et sous-traitée éventuellement à des personnes privées (article R. 131-38 du Code pénal) (cf. notamment l'article 131-5-1 CP (en tant que peine alternative à l'emprisonnement.) et l'article 131-3 CP (en tant que peine correctionnelle). Il s'agit d'une peine ou réponse pénale en alternative aux poursuites créée par la loi du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ». Il apparaît ainsi nettement le refus de laisser le secteur privé à l'écart du domaine d'exécution des peines, devenant en lui-même un secteur économique porteur, au même titre que la sécurité de manière générale. On reste sur un monopole étatique, mais assoupli car indirect : ces stages doivent être effectués sous le contrôle du délégué du procureur de la République du lieu d'exécution de la peine ou d'un conseiller d'insertion et de probation et c'est cette autorité de contrôle qui doit également définir le projet de contenu du stage, projet validé par le procureur de la République après avis du président du TGI (Cf. articles 131-5-1 et R. 131-35 à 131-40 du Code pénal issus du décret en Conseil d'Etat n°2004-1021 du 27 septembre 2004 pris en application de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 « portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » (dite « Perben II »)).

²⁰³⁴ COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit, 2010, p. 168

²⁰³⁵ Il est en effet prévu un chiffrage à près de 30 000 du nombre de places concernée en 2012 pour un nombre de 20 000 actuellement, ce qui signifiera aussi un doublement du nombre de places concernées en cinq ans, entre 2007 et 2012 (cf. COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit, 2010, p. 45)

²⁰³⁶ COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, op. cit, 2010, pp. 56-59

positionnement dans le cadre du soin qui semble jouer comme un gage de bonne foi endormant les craintes qui ont joué contre la fausse « privatisation des prisons » définie précédemment.

II. LE SERVICE PUBLIC PSYCHIATRIQUE, UN SERVICE PUBLIC OUVERT AU SECTEUR PRIVE

Le service public psychiatrique s'inscrit dans le mode de fonctionnement opposé : si le service public de santé en général est reconnu comme constitutionnel, il est classé dans ceux que le Doyen FAVOREU a qualifié de « *second type* »²⁰³⁷ et ne jouit pas, dès lors, d'un monopole du secteur public. Ses relations avec le secteur privé prennent même deux formes : non seulement ce dernier peut participer à ce service public mais en outre, les hôpitaux publics doivent tenir compte de la concurrence autorisée d'établissements de santé privés exerçant les mêmes activités. C'est donc dans un contexte de forte infiltration du secteur privé qu'il faut replacer le segment d'activité nous intéressant ici, celui de la prise en charge des personnes hospitalisées sous contrainte.

Eu égard à la forte emprise sur la personne que cette action génère, cette prise en charge est encadrée de précautions toutes particulières : qu'ils soient publics ou privés, seuls les établissements de santé habilités sont autorisés à prendre en charge ce type de patients²⁰³⁸. L'habilitation, délivrée par le préfet, représentant de l'Etat dans le département, est en effet lourde de sens symbolique et de pouvoirs effectifs : il s'agit bien de la dévolution d'une importante prérogative de puissance publique à la personne privée destinataire, celle de séquestrer un autre individu²⁰³⁹ pendant que son personnel acquiert celle de lui administrer contre son gré des médicaments voire de la contraindre physiquement. Autant d'atteintes aux libertés les plus fondamentales de l'homme, celle d'aller et de venir, celle du respect de son intégrité physique comme morale ainsi que de la libre disposition de sa personne. Car ces derniers pouvoirs, en eux-mêmes reconnus aux psychiatres en tant que soignants, ne peuvent effectivement être exercés que dans ces structures habilitées qui ouvrent une sphère où le soin sans consentement est autorisé. On doute, en effet, du droit d'un psychiatre exerçant en libéral à séquestrer de la même façon un individu et de lui administrer de force un psychotrope ou un sédatif en-dehors d'un contexte d'urgence. La légalité de ces actes ne tient, dès lors, qu'en fonction du lieu de leur exercice. Du moins est-ce une analyse doctrinale que l'on peut proposer. Rares sont les autres domaines d'activité, à notre connaissance, dans lesquels les pouvoirs publics ont accepté de confier un tel pouvoir, de la carrure de celui de prise en charge de l'exécution des peines, à une personne privée. Au nom du soin, les résistances idéologiques semblent s'assouplir.

L'habilitation permet précisément de confier cette mission fortement attentatoire aux libertés des personnes prises en charge tout en maintenant le rattachement à la personne publique qui demeure responsable de la mission ainsi dévolue et doit exercer son contrôle sur le destinataire de l'habilitation²⁰⁴⁰. Symboliquement comme juridiquement, la précision est d'importance : il ne s'agit pas pour la personne publique de doter l'habilité de manière totale et intangible d'une prérogative qui par nature lui revient mais de lui en confier la compétence tout en l'encadrant. En conséquence, outre le contrôle exercé, l'habilitation ne peut en aucun cas être définitive. La nécessité impérative de l'existence d'un tel acte valide pour justifier l'exercice de la mission confiée par la personne habilitée, le fait qu'il soit « [...] *le fondement de l'intervention de la personne* [recevant

²⁰³⁷ L. FAVOREU cité par P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit, 1994, p. 34

²⁰³⁸ Article 5 de la loi du 30 juin 1838, alors uniquement pour les établissements privés, et qu'il fallait compléter par les articles 11 et 12 de l'ordonnance du 18 décembre 1839 pour les établissements publics non spécialisés ouvrant un quartier réservé aux aliénés. La loi de 1838 a été enrichie par la loi n°85-1468 du 31 décembre 1985 par un article devenu L. 326-2 CSP repris par la loi du 27 juin 1990 (L. 331 CSP) et codifié aujourd'hui à l'article L. 3222-1 CSP et indiquant l'habilitation commune pour tous les types d'établissements, publics comme privés.

²⁰³⁹ On ne pense, derrière ce terme, qu'à la dimension d'exécution de la mesure qui consiste bien à interdire à la personne prise en charge de quitter l'établissement, et non à la décision d'enfermer.

²⁰⁴⁰ Ce qui est posé par les articles 2, 3 et 4 de la loi du 30 juin 1838, l'article 4 étant repris par la loi du 27 juin 1990 (L. 332-2 CSP) et codifié aujourd'hui à l'article L. 3222-4 CSP

l'habilitation] [...] »²⁰⁴¹, rappelle de manière appuyée que l'exercice d'une telle mission de service public est « [...] *un monopole originel des personnes publiques* »²⁰⁴², et d'une personne en particulier, ici le préfet. Ainsi, l'acte d'habilitation est discrétionnaire et l'habilité ne possède aucun droit au maintien de son habilitation²⁰⁴³.

Plusieurs raisons expliquent l'implication du secteur privé. Le facteur historique de l'organisation sanitaire concernant les structures d'accueil pour les aliénés pèse vraisemblablement lourdement. Rappelons simplement que c'est le pragmatisme financier des Parlementaires ayant élaboré la loi de 1838 qui explique en grande partie l'admission de la participation du secteur privé à la prise en charge des aliénés : confrontés d'un côté à la rareté des structures de soins publiques, de l'autre à la réticence des départements peu enclins à déboursier les sommes nécessaires à la construction des établissements manquants, ces Parlementaires tenaient à obtenir un maillage territorial de lieux de soins accessibles même aux indigents, appuyé sur l'échelle départementale. La solution permettait de résoudre le dilemme en alliant rapidité à consensus et, même, qualité du soin, par cette intégration d'établissements privés dans le service public avant la lettre ainsi créé²⁰⁴⁴. Le système ayant toujours fonctionné de la sorte depuis lors et les problèmes structurels connus au sein de l'institution psychiatrique ne semblant pas être particulièrement liés à la nature privée d'un certain nombre d'établissements, cette organisation n'a pas été remise en cause. Le Conseil Constitutionnel lui-même l'a validée au regard de la Constitution dans sa décision du 26 novembre 2010²⁰⁴⁵.

Une telle critique avait d'ailleurs d'autant moins de chance de survenir que l'ensemble du service public hospitalier fonctionne sur cette dualité coopérative voire concurrentielle. En effet, la protection de la santé est inscrite à l'alinéa 11 du Préambule de 1946²⁰⁴⁶ tandis que le droit à la protection de la santé est reconnu lui-même comme un principe constitutionnel²⁰⁴⁷ ²⁰⁴⁸. Mais, explique Pierre ESPLUGAS, les droits créances permettent, pour leur part, une « [...] *certaine souplesse en vue de leur réalisation* [...] »²⁰⁴⁹. L'exigence d'« [...] *un monopole d'Etat dans la prise en charge des services publics constitutionnels correspondants* [...] »²⁰⁵⁰ n'est pas de mise en ce qui les concerne, les seules obligations étant que l'accès de tous à ces droits constitutionnellement protégés, et même que « [...] *les meilleures conditions de réalisation* [de ces] *droits* [...] »²⁰⁵¹, soient assurés. Cela sous-entend que les pouvoirs publics organisent une réponse publique permettant

²⁰⁴¹ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, p. 308

²⁰⁴² *Idem* p. 308

²⁰⁴³ Dans la pratique, les raisons pour lesquelles cette habilitation est délivrée restent assez opaques. Il semble que cela se fasse pour des raisons de bassin de population. Malgré nos sollicitations auprès de différentes DDASS, nous n'avons pas pu avoir connaissance des critères, alors que, dans la théorie, on pourrait imaginer la vérification des conditions d'accueil de l'établissement. De même, les arrêtés d'habilitation restent très sommaires, ne spécifiant aucune condition ou obligation à remplir pour l'habilité.

²⁰⁴⁴ Pour davantage de détails sur cette question, cf. *supra* « L'implication montante de l'Etat dans la prise en charge de l'institution psychiatrique ».

²⁰⁴⁵ Décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », cons. 21.

²⁰⁴⁶ Lise CASEAUX-LABRUNEE déduit de la position du Conseil constitutionnel à l'égard de plusieurs notions en filiation directe avec la protection de la santé – la protection de la santé publique (décision n°90-283 DC du 8/1/1991, « *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme* », cons. n°11, 15, 29), la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé (décision n°90-287 DC du 16 janv. 1991, « *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* », cons. n°23 et 31) – alliée à une analyse doctrinale du sens de la notion d'« objectif à valeur constitutionnelle », une telle valeur de seul « objectif à valeur constitutionnelle » pour la protection de la santé elle-même. (cf. L. CASAUX-LABRUNEE, « *Le droit à la santé* », dans R. CABRILLAC *et alii*, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2008, 14e éd., p.767)

²⁰⁴⁷ Conseil Constitutionnel, décisions n°90-287 DC du 16/1/1991, « *Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales* », cons. 24 et n° 343/344 DC du 27 juillet 1994 « *Bioéthique* », 4e cons. et l'analyse de Lise CASEAUX-LABRUNEE dans « *Le droit à la santé* », dans R. CABRILLAC *et alii*, *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., 2008, p. 767

²⁰⁴⁸ Sur la question de la valeur, de la reconnaissance et de l'effectivité de ces principe et objectif, et de manière plus générale du droit à la santé, cf. L. CASAUX-LABRUNEE, « *Le droit à la santé* », dans R. CABRILLAC *et alii*, *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., 2008, pp. 766-767

²⁰⁴⁹ P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., 1994, p. 31

²⁰⁵⁰ *Idem* p. 31

²⁰⁵¹ *Idem* p. 32

l'exercice de ces droits pour tous mais n'imposent pas la forme de cette réponse et surtout, que rien ne s'oppose à l'existence d'une présence du secteur privé, que ce dernier se place en concurrent de l'offre publique ou qu'il y participe²⁰⁵². Par contre, l'exigence de non-privatisation demeure et empêche que le secteur public se retire complètement de l'offre de service permettant l'exercice de ces droits-créances. On retrouve donc dans le mode d'organisation du service public hospitalier les objectifs et la stratégie des Parlementaires de 1838, s'adjoignant le soutien d'un certain nombre d'établissements privés pour assurer l'accessibilité de l'offre de soins de qualité sur l'ensemble du territoire français, une offre adaptée aux besoins. La loi « HPST » renforce même cette logique en substituant une « *acceptation fonctionnelle* »²⁰⁵³ de la participation au service public – basée sur la nature des activités –, à une « *acceptation organique* »²⁰⁵⁴ – basée sur le statut public ou privé des établissements – : remplaçant l'idée de service public hospitalier par celle de missions de service public, elle met un terme à la différenciation entre les différentes formes d'actes juridiques passés avec les établissements de santé privés, qui signalait cette participation du secteur privé au service public hospitalier à différents degrés d'implication et tenait compte de leur but, lucratif ou pas. Cette nouvelle disposition amenuise l'importance de l'implication directe du secteur public dans ce service. Désormais, cette participation, à laquelle chaque établissement de santé peut prétendre, sera établie sur la base d'accords contractuels passés entre chaque structure et l'agence régionale de santé²⁰⁵⁵.

L'ordonnance du 23 février 2010²⁰⁵⁶ avait harmonisé les chapitres concernant la lutte contre les maladies mentales du Code de la Santé Publique avec cette nouvelle loi « HPST », et notamment l'article L. 3212-6 CSP. Ce dernier gardait ainsi tout son sens, posant un contrôle renforcé sur les établissements privés n'exerçant pas de mission de service public et accueillant des patients sous HDT afin de s'assurer de la légitimité de la mesure. L'esprit antérieur et sa raison d'être demeuraient intacts²⁰⁵⁷. Étonnamment, étant donné cette réforme équilibrée, le projet de loi du 5 mai 2010 propose l'abrogation pure de cet article, se justifiant sur les « [...] *modifications apportées par la loi [« HPST »] [...] concernant les règles d'autorisation des établissements accueillant des personnes soignées sans consentement* [...] »²⁰⁵⁸.

Il est certain que la mission de prise en charge des personnes hospitalisées sous contrainte a des caractéristiques de contrainte tout à fait exorbitantes de l'idée habituelle de soin et de protection de la santé qui sous-tendent cette organisation de la réponse sanitaire en France. Néanmoins, c'est bien cette dimension de soin à la personne, d'action bienfaisante, en faveur de la personne prise en charge, qui est mise en avant dans ces prises en charge. Un contexte qui atténue plus aisément les réticences et craintes d'utilisation vénale de l'activité, notamment à l'époque actuelle où un certain nombre de contrôles encadrent cette prestation.

L'implication à géométrie variable du secteur privé dans la prise en charge de personnes

²⁰⁵² Ainsi, selon le Doyen FAVOREU, « [...] s'agissant des services publics de « second type », l'obligation de non-privatisation doit s'entendre « comme s'appliquant à un niveau minimum de service public tel que chacun, par exemple, puisse accéder au service public de [...] la santé ; mais l'obligation de non privatisation ne paraît pas interdire [...] de transférer une partie des moyens publics au secteur privé. » (P. ESPLUGAS, Conseil constitutionnel et service public, op. cit, 1994, pp. 34-35, citant L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », RDP, 1989, p. 463).

²⁰⁵³ Expression empruntée à M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 2009 (7e éd.), p. 242

²⁰⁵⁴ *Idem* p. 242

²⁰⁵⁵ Un régime d'association au service public hospitalier a été maintenu, permettant à des établissements de santé privés dits « d'intérêt collectif » de conclure, pour un ou plusieurs objectifs déterminés, des accords avec un établissement de santé ou une communauté hospitalière de territoire les associant à la réalisation de missions de service public.

²⁰⁵⁶ Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 « de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires »

²⁰⁵⁷ Antérieurement à cette loi et cette ordonnance, le principe était que les établissements ne participant pas au service public hospitalier étaient contrôlés de cette manière renforcée dès qu'ils accueilleraient une personne en HSC, par l'envoi de deux psychiatres chargés par le représentant de l'Etat de « [...] *visiter la personne désignée dans ce bulletin, à l'effet de constater son état et d'en faire rapport sur-le-champ* [...] » (texte de l'art. L. 3212-6 CSP)

²⁰⁵⁸ Projet de loi n°2494 du 5 mai 2010 « relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », [en ligne], p. 10

privées de liberté peut se concevoir et s'avérer même une amélioration qualitative de cette dernière. Mais même dans une matière où le pouvoir d'enfermer est bien dissocié de la prise en charge pour la mise à exécution de cet enfermement, la prudence doit rester maîtresse de la réflexion. Gérer une personne enfermée, c'est avoir une emprise incomparable sur elle, sa personne, ses droits. Les conditions dans lesquelles un tel pouvoir peut être remis à une personne privée doivent avoir été pensées à la lumière des intérêts en jeu : pourquoi cette personne privée se dévoue-t-elle pour ce rôle ? L'idée de profit ne doit en aucune façon prendre le pas sur la qualité de la prise en charge ni pervertir le fonctionnement institutionnel de l'établissement ou du service. Symboliquement, enfin, il peut paraître contestable de laisser la gestion d'un domaine aussi sensible, l'exercice d'une contrainte légitime, à une autre personne que l'autorité publique.

Les réponses ont divergé dans les deux institutions étudiées. Pour des raisons historiques, pour des raisons de contenu de la mission aussi. Le monde psychiatrique a également pu montrer l'aspect éventuellement artificiel d'une trop grande dichotomie marquée entre secteurs public et privé, dotés de médecins et soignants formés au même moule qui mettent en œuvre quotidiennement cette prise en charge. On voit là, dans cette divergence de réponses, justifiée à notre sens, collant à la différence de mission et de cause de l'enfermement, la ligne essentielle qui sépare l'institution pénitentiaire de celle psychiatrique, la même qui sous-tend la prise d'avance de la seconde sur la première dans la sortie du paradigme totalitaire, la même, enfin, *de facto*, qui explique l'image définitivement obsolète d'institution totalitaire que la seconde peut renvoyer au contraire de la première, qui en garde souvent la réputation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

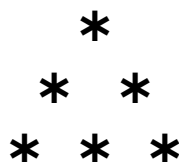
La dimension institutionnelle se retrouve dans le service public, la transition entre les deux paradigmes n'a pu qu'en être facilitée pour les deux institutions étudiées. Le nouveau système, appuyé sur la « règle », ayant repris ses droits se montre néanmoins très accommodant envers des pratiques qui ne répondent pas encore toujours à ses principes fondamentaux. Si le droit, instrument au service des idéaux sociétaux, dispose de grands artifices pour rendre légal ce qui ne répond pas *a priori* aux règles posées, le maniement doit se faire avec une prudence qui ne semble pas avoir été encore de mise, sur tous les points, pour les deux institutions étudiées mais qui est aujourd'hui enfoui dans un paradigme aux apparences si communes et civilisées qu'est le service public. C'est sur ce point, où pourtant la situation semblait réglée, que les ajustements sont encore à parfaire, tandis que la question plus controversée de la nature de l'autorité devant se charger de ces institutions et de la nécessité d'un monopole public de leur gestion paraît avoir trouvé un équilibre satisfaisant.



CONCLUSION DU TITRE I

Les deux anciennes institutions totales ont enfin définitivement revêtu les habits du service public, qui n'en constituait, du temps du paradigme institutionnel totalitaire, que les sous-vêtements. Il est certain que leur délicate mission de traitement de personnes privées de liberté les maintient dans un contexte institutionnel de pouvoir fort sur les individus dont elles ont la charge. La machine institutionnelle intégrée dans le service public, peinant à s'affranchir complètement de son passé totalitaire, en garde des réflexes, par facilité, par habitude et sans saisir la véritable portée de ces pratiques, aussi par carences de la part de la société à y mettre un terme. Ainsi, alors que les générations d'acteurs se succèdent, certaines pratiques se perpétuent et trouvent même une enveloppe juridique par le biais du système policé du service public. L'équation est difficile à résoudre, entre les dérogations acceptables dans la société actuelle et ces scories venant tout droit du passé totalitaire, moins par leur nature même que par l'injustification de leur maintien. Elle marque néanmoins nettement, sur un plan général, la chute du paradigme totalitaire. Le processus n'est pas achevé ; reste maintenant, pour ces institutions, à affiner, dans chaque cas, l'adaptation du paradigme du service public et de ses règles à ces institutions particulières, c'est-à-dire en limitant au plus près toute exorbitance ou dérogation dans les pouvoirs accordés, dans le régime juridique et l'application des principes qui y sont en vigueur.

L'importante révolution néanmoins opérée au niveau fonctionnel se retrouve dans les rapports de l'institution à ses pensionnaires, que cette évolution lui soit imposée de l'extérieur, par une société soucieuse des droits de l'homme et du respect de l'individu, ou par une prise de conscience interne, par ses acteurs, de la condition faite à l'enfermé.



TITRE II :

DE L'HOMME ANIMALISE AU CITOYEN ADMINISTRATIF :

LES INSTITUTIONS PRIVATIVES DE LIBERTE FACE A L'INDIVIDU

Homme et société sont au centre de la problématique de la privation de liberté entendue au sens large, à la fois enfermement et mesure de contrôle : le regard porté par la société sur ses « indésirables », le statut qu'elle leur prête constituent le soubassement de l'enfermement sous ses différentes formes, et celui de son évolution. Etudier le rapport de l'institution à l'individu se trouve donc au coeur de notre questionnement, dévoilant les ressorts profonds qui régissent les formes de privation de liberté, appuyé sur cette triangulation entre homme, société et institution et que sont la réflexion juridique sur la place de cet individu dans la société, la notion, mouvante, de ses droits et obligations, les devoirs de la société à son égard.

Ce rapport à l'individu doit donc être abordé dans un premier temps à travers l'acte de privation de liberté, acte par lui-même et à lui seul atteinte fondamentale à la liberté de la personne, et plus particulièrement à travers la décision de privation de liberté amenant cette personne à être confiée à l'une ou l'autre de ces deux institutions ; très encadré et contrôlé dans une optique de protection des droits de la personne, ce processus se révèle très éclairant sur l'évolution du système. En effet, cette décision souligne également avec acuité les raisons pour lesquelles la société peut considérer avoir encore besoin d'institutions privatives de liberté. Elle est réellement à l'origine de toute la réflexion sur ces institutions et imprime, ou devrait imprimer sur certains points, l'attitude et le fonctionnement en aval des deux entités étudiées quant à la prise en charge des personnes qui leur sont confiées. L'évolution de cette privation de liberté dans sa nature-même, passant de l'enfermement à la liberté sous contrôle mâtinée de privations connexes peut ainsi également être lue comme le pendant, dans le cadre de la décision de privation de liberté, de l'évolution institutionnelle ci-avant étudiée, entraînée par la même révolution au sein de l'humanisme, issue de la Seconde guerre mondiale (chapitre I).

Au-delà de cette délimitation de la décision de privation de liberté dans sa nature et ses conséquences directes, c'est à la place faite dans la société aux personnes stigmatisées par une telle décision que l'on va s'arrêter dans un deuxième temps. Pour ce faire, c'est à travers le prisme institutionnel que l'on va observer l'individu, la place qui lui est faite dans l'institution étant représentative du statut qui lui est reconnu au plan sociétal. D'où l'on conclut qu'un réel progrès est en cours dans la reconnaissance, au-delà de leur humanité, d'un véritable statut de personne et de citoyen à ces individus privés de liberté, même si le processus demeure inachevé et semble parfois artificiel voire mensonger (chapitre II).

C'est donc à une relecture sur l'ensemble de la période historique considérée, depuis la Révolution jusqu'à aujourd'hui, que porte cette seconde analyse afin de saisir dans toute leur ampleur ces éléments, plus profonds mais aussi fondamentalement constitutifs de l'évolution institutionnelle de la gestion de la privation de liberté. Seule cette véritable mise en parallèle temporelle – quoique parfois un peu déroutante pour le lecteur - peut permettre une appréhension complète et donc vraiment probante de cette évolution.

CHAPITRE 1

LE PROCESSUS DECISIONNEL : DE L'ENFERMEMENT A LA LIBERTE SOUS CONTROLE

Toute privation de liberté légale est bornée au départ par une décision de placement, signifiant l'entrée dans l'institution et dans tout le système institutionnel de la privation de liberté, qu'il soit psychiatrique ou judicairo-pénitentiaire, et, à son terme, par une sortie sanctionnée là encore par un acte juridique. De tout temps, et particulièrement depuis la Révolution, une décision aussi lourde de conséquences que celle de priver une personne de liberté a effrayé les consciences. Son encadrement juridique s'est dès lors finement ciselé au fil des trois derniers siècles, à l'aune d'une rigueur qui doit garantir tout individu contre l'enfermement arbitraire (section 1).

Si le droit français se targue d'une telle rectitude protectrice des droits des personnes, un questionnement peut surgir quant à l'évolution de ce qui est compris, aujourd'hui, derrière le terme « privation de liberté ». Une dérive semble tendre à une moindre sévérité apparente dans la modalité même de la privation de liberté, qui s'éloigne de l'enfermement strict en diversifiant les procédés de surveillance, de punition et de soin, mais qui paradoxalement cache une plus grande constance de la surveillance grâce à une élasticité des durées pendant lesquelles sont maintenues les mesures, tendant à un allongement de celles-ci. Le rigoureux encadrement de la décision ouvre en réalité sur une parenthèse plus longue, au point parfois de perdre son caractère de parenthèse, et au champ d'application plus large : c'est un éventail de population plus large qui est ainsi concerné et sur des temps qui ne se cantonnent plus à celui de la peine ou du soin immédiat du trouble imposant une HSC (section 2).

SECTION I : LA DECISION DE PRIVATION DE LIBERTE, VERS UN ENCADREMENT JURIDIQUE STRICTEMENT DEFINI DE L'EMPRISE SUR LE CORPS DE LA PERSONNE

La privation de liberté est un procédé ancien utilisé à l'encontre des fous et des « déraisonnables », dans une moindre mesure des délinquants. Même si elle restait vraisemblablement la méthode d'appoint dans ces contextes, son indéniable existence a amené à la construction d'un cadre juridique établi à la fin de l'Ancien Régime, servant de point d'ancrage *a contrario* pour la période postérieure. La Révolution a en effet voulu rompre avec les vestiges de cette période de monarchie absolue (sous-section I). C'est néanmoins sur un ton plus modéré, en tirant les leçons de cette trop forte radicalité et en mêlant apports de ce droit intermédiaire à quelques anciens principes réexhumés, que le droit régissant de manière durable – pendant près de 150 ans – ces deux enfermements s'est fondé (sous-section II).

SOUS-SECTION 1 : LES FONDEMENTS D'UNE GRAVE ATTEINTE LEGALE AUX DROITS DE LA PERSONNE

Si les deux piliers des réformes, dans chacun des domaines étudiés que sont d'un côté la loi de 1838 sur les aliénés et de l'autre les codes napoléoniens de 1808 et 1810, ont fixé les fondements d'un état du droit durable en matière de privation de liberté (II), ils se sont construits à la fois en réaction et dans la continuité d'un état antérieur du droit, instructif à revisiter (I).

I. L'ETAT DES LIEUX AVANT LES DEUX REFORMES FONDATRICES DU DROIT ACTUEL

Les modes d'entrée dans l'institution sont le premier contact avec son caractère liberticide. D'utilisation non-officialisée en matière pénale jusqu'à l'avènement de la prison au titre de peine pivot du nouveau code pénal, la privation de liberté trouve un véritable encadrement juridique *via* la lettre de cachet, fortement sollicitée notamment pour l'enfermement pour motif de folie (A). A partir de la Révolution et notamment pour combler le vide laissé par l'abolition des lettres de cachet, se mettent en place des mesures qui vont amener finalement d'un côté, à tout l'arsenal procédural pénal issu du code de 1808, de l'autre, aux procédures d'internement instaurées par la loi de 1838 (B).

A · LA GENESE DE LA DECISION DE PRIVATION DE LIBERTE ACTUELLE : LA PERIODE ANTE-REVOLUTIONNAIRE ET LES LETTRES DE CACHET

Au XVIII^e siècle et jusqu'à la Révolution, les modalités de la prise de décision d'une privation de liberté se modifient insensiblement du point de vue de l'analyse factuelle, imperceptiblement dans les textes, mais avec des conséquences indéniables dans le cadre d'une analyse juridique de la pratique.

En préliminaire, il faut rappeler que la séquestration arbitraire est interdite déjà depuis plusieurs siècles. Une décision d'enfermement doit donc toujours précéder sa mise à exécution.

En matière pénale, d'abord, le juge judiciaire reste le principal ordonnateur des mesures de détention. Il les prononce surtout dans une optique préventive avant procès. Cependant, comme cela a déjà été signalé précédemment, il tend également de plus en plus à ordonner des privations de liberté en guise de peine, à la place de celles issues de l'arsenal répressif d'Ancien Régime. Sur un plan théorique, peu de changements par rapport au passé, cependant, puisque la privation de liberté était déjà introduite au Moyen-Age par les coutumes et le droit pour des infractions légères et visant plutôt les pauvres. En outre, cette variation dans la pratique reste inconnue du droit positif de l'époque qui n'est pas modifié sur ce point.

Le moyen par excellence d'obtenir une privation de liberté reste cependant la lettre de cachet. C'est dans son utilisation que l'évolution s'avère marquée. Ce procédé matérialisant la justice retenue du Roi est à la fois pleinement légal et arbitraire puisque le monarque est source de toute justice. Autrefois arme principalement politique à la seule disposition du Roi, la lettre de cachet perd, à la fin du XVII^e, sa couleur strictement politique pour devenir un procédé rapide et efficace d'enfermement des indésirables²⁰⁵⁹ dans les grandes familles nobles puis bourgeoises, puis finalement pour devenir le mode ordinaire d'internement des individus peu gérables par leur famille voire dangereux pour la sécurité publique. Elle va ainsi pouvoir être utilisée dans un cadre pré-

²⁰⁵⁹ Ce terme doit être entendu ici comme recoupant la définition des « déraisonnables » donnée à la note 79 p. 44

répressif comme pour la police des insensés.

En effet, tout d'abord, les familles nobles ou voulant garantir leur réputation pouvaient, par ce biais, obtenir l'évitement d'un procès mettant en cause un de leurs membres alors même que ce dernier pouvait avoir commis un crime. Cela permettait d'une part d'éviter au criminel une peine infamante et/ou des supplices et, d'autre part, soulageait la famille d'une publicité délétère. Ce mode d'action marque ici toute l'injustice de la société inégalitaire d'Ancien Régime et justifie pleinement, dans ce cas de figure, son abolition en 1790.

Mais c'est pour son utilisation envers les insensés que la lettre de cachet va principalement nous intéresser ici : le siècle voit l'achèvement de sa banalisation comme instrument d'internement. Les modes de privation de liberté traditionnels, d'essence judiciaire, sont pourtant toujours en vigueur, et les autorités susceptibles d'ordonner une telle mesure sont diversifiées²⁰⁶⁰ ; l'apparition d'une nouvelle voie de droit ordinaire pour obtenir le placement d'un aliéné peut sembler superflue. En réalité, en plus des qualités intrinsèques à la lettre de cachet que sont la rapidité, l'efficacité et la discrétion, ce mode d'action permet de contourner une procédure judiciaire lente, qui implique, en outre, automatiquement l'interdiction de la personne²⁰⁶¹ objet de la demande d'internement. De ce fait, en rupture avec tout l'imaginaire enveloppant la lettre de cachet, Thibault GONGGRYP voit donc dans ce mode d'internement une dimension protectrice de l'individu par rapport au droit commun traditionnel : la lettre de cachet permet l'internement de la personne sans autre conséquence pour ses droits.

Cette vision de la lettre de cachet favorable à l'individu objet de la mesure s'étaye d'ailleurs par d'autres arguments : elle va être sollicitée non seulement par les familles, dans le droit fil des premières utilisations en faveur des familles nobles, mais également par les intendants eux-mêmes afin de s'assurer notamment des insensés sans famille qui pouvaient remettre en cause l'ordre et/ou la sécurité publics. Or dans ce dernier cas, on peut aussi considérer cette mesure comme protectrice de la personne aliénée qui n'est plus abandonnée à elle-même alors qu'elle n'est pas forcément en mesure de subvenir à ses besoins.

Par ailleurs, étant donné le recours massif à ce mode d'internement, la procédure pour obtenir une lettre de cachet va devenir très méticuleuse afin d'éviter tout enfermement abusif²⁰⁶². Ainsi, lorsque la demande émane de personnes privées (*quasi* systématiquement la famille ou des proches), un « placet » doit décrire de manière précise les faits et raisons à l'origine de la demande de lettre de cachet et être signé par plusieurs personnes. Après contrôle de ces premières formalités, une enquête administrative est instruite par l'intendant en province, par le lieutenant de police à Paris. Dans ce cadre, les autorités interrogent la personne concernée par la demande de placement, la famille, le voisinage et autant que possible des personnages dignes de confiance comme le curé de la paroisse ou des personnes ayant quelque fonction remarquable au service d'un prince²⁰⁶³. Elles s'assurent ainsi de la nécessité objective d'internement qui motive la demande. Lorsque l'intendant ou le lieutenant de police se saisit d'office, la même enquête administrative est requise pour obtenir la lettre de cachet permettant l'enfermement. Par contre, aucun certificat médical n'est exigé de manière obligatoire pour consolider la demande, lacune qui contraste fortement avec la méticulosité certaine de toute cette procédure. Dans la pratique, ce document va d'ailleurs être de plus en plus fréquemment produit à l'appui du placet ou de la demande administrative au cours du XVIIIe. L'enquête donne lieu à un rapport final transmis au ministre. Ce dernier garde le pouvoir discrétionnaire de suivre ou non les conclusions du rapport et donc d'autoriser ou non l'émission de la lettre demandée.

²⁰⁶⁰ On peut citer notamment les Parlements, les tribunaux de sénéchaussée ou de bailliage, les prévôtés, le procureur du Roi, les juges seigneuriaux etc.

²⁰⁶¹ L'interdiction est la « [s]ituation juridique d'une personne qui se trouve privée de la jouissance ou de l'exercice de ses droits, en totalité ou en partie, en vertu de la loi ou d'une décision judiciaire. [...] L'interdiction judiciaire, [dont il est plus spécifiquement question ici], frappait le dément et résultait d'une décision de justice ; mais elle a été supprimée par la loi du 3 janvier 1968 et remplacée par la tutelle » (S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques* 2011, Paris, Dalloz, 2011, 18e éd., p. 447)

²⁰⁶² La pratique courante consistait jusqu'alors pour les familles et les autorités municipales à s'accorder directement avec les directeurs d'hôpitaux généraux ou d'institutions sur la prise en charge de la personne indésirable, moyennant notamment un prix de pension convenu bilatéralement.

²⁰⁶³ On pense ici à des fonctions telles que capitaine des chasses du Roi ou d'un duc quelconque etc.

Voilà ainsi le symbole de l'arbitraire royal minutieusement encadré par le droit à partir du moment où il devient un outil administratif ordinaire.

La lettre émise est adressée au lieutenant de police ou à l'intendant, qui sont alors chargés de son exécution. Cependant, lorsque la demande de lettre émane de la famille ou de proches, ils ne peuvent agir que sur une ultime décision des demandeurs du placement de procéder à son exécution. En effet, la responsabilité de la mesure incombe entièrement à la famille, les pouvoirs publics n'étant présents que comme force passive au service de ces proches de la personne à enfermer, une fois vérifié que la requête de ces derniers reste conforme à l'ordre public. Il faut garder en mémoire qu'à l'époque, la famille est responsable de la surveillance, donc des méfaits, de son parent aliéné. C'est donc à elle d'en gérer la garde. Elle peut choisir de le placer, à la condition qu'elle ne soit réellement plus en mesure de s'en occuper. Les personnes aliénées sont alors internées, mais dans des établissements différents en fonction des moyens que leurs proches acceptent de consacrer à leur entretien.

L'alignement de la procédure désormais préalable à l'autorisation de placement par lettre de cachet sur celle judiciaire préalable au prononcé de la mesure d'interdiction est remarquable : la voie judiciaire de l'interdiction implique en effet que la famille saisisse le juge par une requête motivée devant décrire les faits, à la suite de quoi une enquête avec recueil de témoignages auprès de la famille et du voisinage et vérifiant l'état de la personne objet de la requête est diligentée. Après examen du dossier et éventuellement une expertise médicale – élément supplémentaire qui tend à se banaliser durant la seconde moitié du XVIII^e siècle –, le juge statue sur le sort de la personne dont est demandé l'internement²⁰⁶⁴.

Il apparaît donc que dans un premier temps, par cette banalisation de l'utilisation de la lettre de cachet comme un outil de gestion administrative en matière de privation de la liberté, le pouvoir central n'a plus d'autre but que de s'approprier le traitement des demandes de placement au détriment des autorités locales. Il réaffirme et consolide ainsi sa puissance vis-à-vis, notamment, des Parlements. Que l'Etat ait encouragé les familles à utiliser ce mode d'action et qu'il se soit progressivement accaparé la maîtrise de toute la procédure d'internement en créant, parallèlement, une procédure administrative de placement d'office des aliénés pour suppléer aux carences familiales le cas échéant, cela fait peu de doutes. Et que ce soit pour des raisons politiques et de pouvoir, cela semble encore plus probable.

Ce court-circuit de la voie judiciaire laisse entrevoir le concept de mesure de « placement volontaire »²⁰⁶⁵ et affiche déjà les règles gouvernant le « placement d'office », la lettre de cachet requise directement par l'administration apparaissant comme l'ancêtre direct de l'arrêté préfectoral de placement d'office.

Si l'utilisation de la lettre de cachet se révèle donc extrêmement encadrée, et libérée, par ce biais, de toute suspicion d'arbitraire, sa réputation intrinsèque de symbole du pouvoir absolu reste justifiée par sa forme : aucune motivation de la décision ne figure dans la lettre²⁰⁶⁶, aucune durée de détention n'est précisée. On est là face à un acte souverain susceptible d'aucun recours, l'intérêt de connaître la motivation de l'acte est donc nul juridiquement. Mais dès avant la Révolution, ce pouvoir absolu semble revêtir un caractère obsolète ou inacceptable : ainsi, en 1784, une circulaire du baron de BRETEUIL, ministre de Louis XVI, en régleme l'arbitraire. Prémisses du principe de légalité des peines, elle instaure des temps déterminés de détention en fonction de la dangerosité supposée de l'individu. Ainsi, l'enfermement est reconnu comme pouvant être à vie pour les

²⁰⁶⁴ Seulement, si le juge ordonne le placement de la personne, il prononce systématiquement en même temps une mesure d'interdiction. La personne est alors privée de ses droits civils, notamment de la disposition et de l'administration de ses biens.

²⁰⁶⁵ C'est-à-dire l'internement d'une personne sans son consentement, sur la demande de sa famille ou de proches. Les placements volontaire et d'office sont les deux mesures d'internement sans consentement de la personne instaurées par la loi de 1838.

²⁰⁶⁶ Au contraire terminée par la formule « *car tel est notre plaisir* ». Source : M. GOUREVITCH, « La législation sur les aliénés en France de la Révolution à la Monarchie de juillet », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, p. 174

insensés agités²⁰⁶⁷. En compensation, en ce qui les concerne, la circulaire impose une décision de justice préalable pour l'obtention de toute lettre de cachet autorisant le placement sans consentement d'une personne²⁰⁶⁸. Par conséquent, tous les avantages dont la lettre de cachet était porteuse en matière de droits de la personne – notamment l'éviction de la déclaration d'interdiction pour l'aliéné objet de la procédure – tombent. L'enfermement des fous voit, pour un temps, sa part obscure revenir dans le giron du droit commun, et donc du juge judiciaire. Si la lettre de cachet est toujours émise, elle change intégralement de fonction, ne servant plus qu'à obtenir l'exécution de la décision de justice. Ceci dit, ces exigences ministérielles demeurent de peu d'effet ; dans la pratique, les intendants et leurs subdélégués – missionnés à partir de 1786 par le roi pour s'enquérir du respect de ces textes et de l'état de fait des internements – ne peuvent que constater le grand nombre d'aliénés ou de déclarés tels placés dans des maisons de force sans lettre de cachet ni décision de justice, mais sur simple « arrangement » entre les familles et ces lieux d'enfermement²⁰⁶⁹.

B · LA DECISION DE LA PRIVATION DE LIBERTE ENTRE LA REVOLUTION ET LES REFORMES DURABLES DE 1808-1810 ET DE 1838

La Révolution Française, bouleversement d'ordre général des institutions, s'est voulue une rupture radicale, s'intéressant particulièrement aux domaines touchant la liberté de l'individu. Ce n'est pourtant qu'après une période transitoire, propre aux expériences juridiques, que l'euphorie intellectuelle laissera la place aux révolutions durables touchant les fondements de la décision de privation de liberté en matière psychiatrique et répressive. Une période placée entre désenchantement et pragmatisme, qui voit la gestion de la décision de privation de liberté concernant les fous réinvestie par le pouvoir administratif (1) tandis que les expériences menées dans le cadre judiciaire aboutissent à un échec et un retour à des principes d'apparence moins démocratiques et plus souples (2).

§ 1. La gestion de la folie : la discrète reprise en main de la décision par le pouvoir administratif

La Révolution française met à bas toute la structure de gestion de la folie telle qu'elle était pratiquée par la société d'Ancien Régime. En effet, au nom de la Liberté nouvellement acquise, non seulement elle abolit le système des lettres de cachet, mais elle entraîne également la fermeture de nombreux établissements d'accueil des insensés, renvoyant ces derniers dans leur famille. Le décret des 12-16 mars 1790 donne un délai de six semaines pour que tous les lieux d'enfermement de l'Ancien Régime soient vidés de leurs détenus, exception faite des personnes retenues par condamnation pénale ou au titre de la détention provisoire et de celles internées « *pour cause de folie* ». Si la situation s'est détériorée par la suite, il faut cependant reconnaître à ce premier décret

²⁰⁶⁷ Ainsi que l'explique la circulaire concernant cette catégorie d'aliénés « [...] malheureusement, il devient indispensable de continuer leur détention, tant qu'il est reconnu que leur liberté serait, ou nuisible à la Société, ou un bienfait inutile pour eux-mêmes » (extrait de la circulaire du Baron de BRETEUIL, mars 1784. Source : Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 185). Il est intéressant de voir se dessiner déjà les deux motifs qui deviendront ensuite les deux causes légales de placement, l'un tourné vers la sécurité publique, l'autre vers l'assistance de l'individu malade.

²⁰⁶⁸ Sauf cas exceptionnel d'impossibilité clairement établie pour la famille de payer la procédure d'interdiction. Et, « [e]n ce cas, il faudra que la démence soit notoire et constatée par des éclaircissements bien exacts. » (extrait de la circulaire du Baron de BRETEUIL, mars 1784. (Source : Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 185)

²⁰⁶⁹ Il ne faudrait pas conclure de la mise en place de cette attention particulière portée sur les modalités d'internement que les contrôles des internements dans les maisons de force datent de cette fin de XVIII^e siècle. Si l'on en croit Claude QUETEL, dès le début de ce siècle, des inspections presque annuelles sont effectuées par le lieutenant général de police à Paris, par le procureur général ou les intendants en province pour s'assurer que les insensés enfermés manifestent toujours des signes de folie maintenant la justification initiale de leur internement. (Cf. Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, pp. 158-160)

de 1790 d'être moins excessivement radical qu'on a pu le dénoncer²⁰⁷⁰.

Ainsi, dans le dernier cas, une procédure de contrôle de la nécessité de l'enfermement et de la réalité de la folie invoquée est mise en place par le second alinéa de ce même décret. Les autorités et les experts sollicités, à savoir juges et médecins, ont trois mois pour effectuer ce contrôle, à l'issue duquel la personne examinée doit être soit élargie soit soignée dans un hôpital. L'Assemblée Constituante semble être décidée à ce qu'à terme, plus aucun aliéné ne demeure dans des maisons de force et autres lieux d'enfermement peu spécialisés ; elle a donc, semble-t-il, pris acte du changement de regard sur le fou et le considère comme un malade à soigner.

Certes, le décret s'est avéré ici exagérément ambitieux, toutes les expertises ne pouvant être réalisées dans le délai imparti. Mais un second décret avait, dès le 26 mars 1790, anticipé l'irréalisme de la mesure et ôté toute notion de délai de la première injonction. Les enfermés pour folie doivent donc bien être visités et c'est cette expertise qui conditionnera leur nouvelle situation. Par contre, ils n'ont plus aucune garantie du temps durant lequel ils devront attendre de voir statuer sur leur sort. Or, juridiquement, leur situation est critiquable : les lettres de cachet ayant été abolies et aucun autre fondement juridique n'étant venu formellement les remplacer, on peut considérer qu'ils sont, durant cette phase transitoire, arbitrairement détenus ; aucun acte individuel ne signifie leur enfermement.

Du côté du « monde libre », suite à l'abolition des lettres de cachet, seule la procédure judiciaire de l'interdiction reste en vestige du passé pour permettre l'internement éventuel d'un aliéné. Les pouvoirs publics ont soudainement disparu du tableau de la prise en charge de la folie, et, avec eux, le moyen de parer à des troubles de l'ordre public par un mode approprié aux insensés. Cette responsabilité retombe donc intégralement sur la famille ; il en va de la santé de la société qu'elle ne défaille pas à sa mission, chose qui paraît difficilement requérable d'une instance privée et si peu au fait du droit. La lacune est partiellement comblée par la loi des 16-24 août 1790 qui confie aux autorités municipales « *le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourroient être occasionnés par les insensés et les furieux laissés en liberté, [...]* »²⁰⁷¹. Puis l'article 11 de la loi du 26 août 1790 clarifie le rôle des autorités exécutives et judiciaires par rapport aux aliénés : il charge l'administration d'appréhender et de retenir les insensés dans des dépôts de sûreté mais à titre strictement provisoire ; seule l'autorité judiciaire détient le pouvoir de statuer sur l'état de santé des individus et par conséquent de prononcer leur placement. Sa décision est elle-même entourée de garanties puisqu'au préalable, le juge doit interroger la personne concernée, auditionner les témoins et qu'une expertise médicale se prononçant sur l'état de santé de la personne est désormais obligatoire. Thibault GONGGRYP perçoit derrière cette répartition des missions l'origine de la dualité de compétence aujourd'hui en vigueur en matière d'hospitalisation sous contrainte²⁰⁷².

Dans un premier temps, bref, l'administration est donc évincée de la scène, n'ayant plus qu'un rôle subsidiaire dans des cas de nécessité d'intervention immédiate ; la décision d'enfermement d'un aliéné ne peut plus être que judiciaire. Phase intéressante à noter pour un droit de la folie aujourd'hui très fortement publicisé, d'autant plus que, derrière l'autorité judiciaire, se profile en fait la famille, qui est la seule à pouvoir engager une telle action en justice. Avec la Révolution, la gestion de l'aliénation s'ancre dans le giron des affaires privées et du judiciaire. Ce n'est que très progressivement entre la période révolutionnaire et 1838 que les pouvoirs publics vont reprendre la main sur la gestion de la folie dans les cas d'absence de consentement du malade.

²⁰⁷⁰ D'ailleurs, l'Assemblée n'a pas fait table rase du passé au point d'estimer tous les enfermés comme arbitrairement, despotiquement détenus. Elle garde conscience que certaines arrestations s'avèrent légitimes au nom d'un ordre public dont certains piliers ne peuvent être reniés. Tel est le cas de la lutte contre le crime. Par conséquent, les décisions judiciaires ne sont pas remises en cause dans cet acte.

²⁰⁷¹ Article 3 du titre XI de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : « *Les objets de police confiés à l'autorité des corps municipaux sont : [...]*

6e - le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourroient être occasionnés par les insensés et les furieux laissés en liberté, et par la divagation des animaux malfaisants ou féroces, [...]

²⁰⁷² Cf. Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 122-123

Cela va se faire de manière larvée. En effet, seulement trois lois²⁰⁷³ se préoccupent du sort des aliénés durant cette période. Le reste de l'organisation de cette prise en charge s'opère par le biais de textes réglementaires ; signe, pour Michel GOUREVITCH, du désintérêt du Pouvoir pour cette question²⁰⁷⁴.

Le décret-loi des 19-22 juillet 1791 vient conforter l'idée que c'est bien la famille qui est la première responsable de « son » insensé en pénalisant toute négligence de sa part dans son rôle de gardienne du fou. Cependant, est finalement rajouté au texte le devoir de la police municipale de se charger des insensés qui ne font pas l'objet de soins²⁰⁷⁵ de la part de leur famille.

En fait, le législateur ne daignant pas se préoccuper de la situation positive des fous²⁰⁷⁶, l'Administration va se construire un *corpus* juridique restant sous sa propre maîtrise, sur la base de pratiques coutumières issues de l'Ancien Régime et d'arrêtés, notamment préfectoraux. La pratique parisienne devient force créatrice de droit, instigatrice de la législation future. Elle affiche ainsi également sa prise d'influence détournée sur ce champ du droit, en parallèle à un effacement du juge judiciaire dans ce domaine. Rappelons en effet que la voie commune d'action pour placer un aliéné reste normalement celle judiciaire, donc à l'initiative des familles et extrêmement lente et coûteuse²⁰⁷⁷. Or ces dysfonctionnements institutionnels – lenteur et coût élevé – s'accordent mal avec les besoins quotidiens. En conséquence, la montée en puissance de l'administration se prolonge, par exemple, avec l'arrêté du 12 messidor an VIII qui autorise le préfet de police de Paris à décider de l'enfermement des aliénés dans un objectif de sécurité et de sûreté des personnes et des biens ainsi que de jouissance normale et partagée de la voie publique ; Thibault GONGGRYP voit, dans ces dispositions, l'acte de naissance de l'hospitalisation d'office²⁰⁷⁸.

Mais plus simplement, une pratique issue de l'Ancien Régime permettait, rappelons-le, de confier les insensés « *pour traitement* » dans les hôtels-Dieu, sachant qu'à l'issue d'une procédure de soin fixe, l'aliéné peut être déclaré comme incurable. En ce cas, avant la Révolution, un certificat d'incurabilité décidé par ordre du « *ministre qui a le département de Paris* »²⁰⁷⁹ conditionnait le transfert et l'internement dans des établissements consacrés au moins partiellement à la folie, du moins lorsque la prise en charge par ces établissements était gratuite²⁰⁸⁰. L'usage de cet internement persiste jusqu'en 1802, même si, dès 1791, sa légalité est interrogée.

Par ailleurs, un arrêté ministériel du 17 juin 1802 rend la production d'un certificat médical obligatoire pour obtenir le placement d'un aliéné, à moins qu'il ne se présente « [...] *dans un état évident de folie* [...] »²⁰⁸¹. Ce document doit constater l'état de démence de la personne et doit être authentifié par deux médecins et deux témoins des actes de folie. Quelques mois plus tard, une obligation de consultation médicale préalable au placement est rajoutée à la procédure. Des textes ultérieurs donnent de plus en plus d'importance à l'avis médical mais cette décision doit toujours être accompagnée, désormais, d'une décision administrative. La prise de pouvoir de l'administration est encore affermie avec l'érection du Conseil général des Hospices en autorité para-judiciaire et avec le pouvoir donné au Préfet de police de Paris, par le règlement de 1819, de s'opposer à une sortie décidée par un médecin. Mais en outre, l'administration n'a apparemment pas hésité à

²⁰⁷³ La loi des 16-24 août 1790, celle du 26 août 1790 et celle du 19 juillet 1791

²⁰⁷⁴ M. GOUREVITCH, « La législation sur les aliénés en France de la Révolution à la Monarchie de juillet », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, pp. 172-173

²⁰⁷⁵ Terme derrière lequel il faut probablement lire « enfermement ».

²⁰⁷⁶ M. GOUREVITCH souligne en effet que les deux textes législatifs faisant référence aux insensés se cantonnent à leur exclusion de la société, n'indiquant même pas où ni comment devait se faire la prise en charge de l'individu appréhendé.

²⁰⁷⁷ ESQUIROL évoque cette lenteur comme un obstacle à la bonne marche de la prise en charge des malades et surtout antithétique avec la nécessité d'action dans l'urgence.

²⁰⁷⁸ Cf. Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 124

²⁰⁷⁹ Expression employée par J.-R. TENON dans son *Mémoire sur les hôpitaux de Paris* de 1788.

²⁰⁸⁰ On pense aux maisons de force comme Bicêtre pour les hommes, et la Salpêtrière pour les femmes. Nos sources (M. GOUREVITCH, « La législation sur les aliénés en France de la Révolution à la Monarchie de juillet », dans J. POSTEL et Cl. QUETEL, *Nouvelle histoire de la psychiatrie, op. cit.*, 2002, p. 174) restent ambiguës quant à la modalité d'accueil dans des institutions payantes publiques (les Petites-Maisons, Charenton) ou privées.

²⁰⁸¹ Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 124

commettre des entorses aux quelques règles en vigueur si l'on en croit la circulaire du 30 frimaire an XII (17 septembre 1804) par laquelle le Ministre de l'Intérieur PORTALIS rappelle aux préfets de départements les principes régissant la « *réclusion d'insensés* », en insistant sur le pouvoir purement subsidiaire et provisoire des autorités exécutives²⁰⁸². Dans cette circulaire transparaît la vocation de gardien des libertés individuelles du juge judiciaire.

Ces réprimandes ne semblent pas arrêter l'Administration qui va jouer avec les textes afin de ne pas se voir entraver dans son action. Ainsi, en est-il pour le décret du 27 octobre 1808 donnant aux préfets d'importants pouvoirs de police en matière de lutte contre le vagabondage : le texte va être interprété comme intégrant les insensés dans la catégorie des « vagabonds » et va ainsi permettre de les faire passer sous le coup de cette règle, pratique par la rapidité de sa procédure. Elle permet ainsi de contourner la voie judiciaire et sa motivation obligatoire *via* l'expertise d'un médecin. Ceci dit, le Ministre de l'Intérieur, l'Abbé de MONTESQUIOU-FEZENSAC tient à rappeler dans un règlement intérieur du 24 octobre 1814 que hors « *nécessité évidente et urgente* », l'admission à Charenton, hôpital d'Etat consacré au traitement de la folie, ne peut s'obtenir que sur présentation soit d'un jugement d'interdiction, soit d'un ordre de la police, soit d'une réquisition du maire du lieu de résidence de l'aliéné en cause accompagnés du certificat de deux médecins et de l'extrait de naissance. On retrouve dans ces directives le fond d'inspiration de la loi de 1838 concernant les procédures d'urgence et le placement d'office²⁰⁸³. Rappel, donc, de l'importance de la protection de la liberté individuelle et des procédures qui en sont volontairement garantes ; or, en 1821, dans le contexte où la seule présentation d'une décision du préfet permet d'interner un individu, Hercule de SERRE, ministre de la Justice, se doit encore de rappeler que l'interdiction n'emporte pas automatiquement la séquestration.

Hors ces quelques textes, le silence normatif concernant les décisions d'internement des aliénés est de mise. Le Code civil de 1804 ne se préoccupe de la folie que sous l'angle de la capacité : procédures d'interdiction judiciaire, disposition et administration des biens de l'aliéné.

On peut donc constater, à la veille de 1838, une montée en puissance du pouvoir administratif en matière de gestion de la folie. Phénomène inquiétant si l'on s'appuie sur la vocation de gardien des libertés individuelles du juge judiciaire, au détriment duquel s'affirme ce basculement. Phénomène représentatif du durcissement du régime et de l'instauration d'une administration puissante à partir de l'ère napoléonienne. Phénomène, enfin, à relativiser d'un certain point de vue : la famille n'a pas perdu sa capacité à s'occuper de son parent aliéné et par principe, est libre de sa manière de le prendre en charge tant que cela n'a pas de répercussion pour le maintien de l'ordre public. Or à partir de 1802, l'affluence imprévue de malades dans les asiles est diagnostiquée par la doctrine comme un changement d'attitude des familles à l'égard de leur parent malade et de l'institution. Si une publicisation de la mesure d'internement s'affirme donc indéniablement entre la période Révolutionnaire et 1838, l'administration n'obtiendra jamais le monopole de cette décision et n'est sans doute pas la principale pourvoyeuse de l'institution asilaire, les placements familiaux semblant prendre les devants en terme d'effectifs. L'emprise de l'Etat sur

²⁰⁸² Circulaire du Ministre de l'Intérieur à messieurs les Préfets des départements du 30 frimaire an XII, « Réclusion d'insensés » : « *J'ai remarqué, Monsieur, dans les comptes analytique des Préfets, que plusieurs ont fait, de leur propre autorité, arrêter des insensés, pour être, sur leur ordre, enfermés dans des maisons de force.*

Je crois devoir, pour prévenir cet abus, vous rappeler les principes et les règles de cette matière. [...]

Les furieux doivent être mis en lieu de sûreté. Mais ils ne peuvent être détenus qu'en vertu d'un jugement que la famille doit provoquer.

La loi du 8 germinal an XI indique [...] la manière dont on doit procéder à l'interdiction des individus tombés dans un état de démence ou de fureur. C'est aux tribunaux seuls qu'elle confie le soin de constater cet état. [...]

En substituant à ces procédés réguliers une décision arbitraire de l'Administration, on porte atteinte à la liberté personnelle et aux droits civils de l'individu que l'on fait détenir [...]

L'Administration n'est pas plus fondée à remettre en liberté et en possession de leur état des individus détenus comme insensés par ordre de justice ; d'abord parce qu'il ne lui appartient point de suspendre l'effet des décisions judiciaires, et de plus, parce que l'état civil des individus n'est ni mis à sa disposition ni placé sous sa surveillance. [...] »

²⁰⁸³ Cf. Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, op. cit., 2007, p. 122-126-127

les individus se fait plus prégnante, mais la volonté de normalisation des comportements est, pour bonne partie, autant imputable aux mentalités de l'époque qu'à l'action étatique directe.

§ 2. La décision de placement en prison, une phase transitoire exceptionnelle entre recherche de démocratisation et recherche d'égalité

Du côté carcéral, la décision de privation de liberté appartenant à l'autorité judiciaire, la dissociation entre la décision d'enfermement et l'exécution de la peine de privation de liberté est plus marquée que dans le cadre psychiatrique : ce sont deux autorités différentes qui sont aux commandes de la décision d'un côté, de l'institution de l'autre.

Les bouleversements théoriques et principaux provoqués par la Révolution se révèlent peu perturbateurs concernant ces décisions répressives. D'une part, les lettres de cachet avaient un rôle bien plus réduit dans ce domaine, leur disparition n'a donc pas été aussi perturbatrice que dans le cadre de la gestion des aliénés. Simplement apparaît, en conséquence, le principe selon lequel seule l'autorité judiciaire est désormais habilitée à disposer de la liberté des citoyens, et ce dans des cas précis déterminés par la loi. D'autre part, comme cela a déjà pu être exposé précédemment, l'autre véritable changement siège dans le *Code Pénal* de 1791, qui place effectivement la prison comme poutre maîtresse de l'échelle des peines. Or la peine de privation de liberté était déjà entrée dans la pratique judiciaire à la fin de l'Ancien Régime.

Par contre, d'une part le mode de désignation des juges, d'autre part, leur pratique professionnelle, changent amplement. La loi des 16-24 août 1790 établit le système de l'élection des juges. Pour le reste, ce nouveau droit procédural est issu de la loi de réforme provisoire des 8 octobre-3 novembre 1789 « portant réformation provisoire de la jurisprudence criminelle » puis, surtout, de celle des 16-29 septembre 1791 portant réforme de la procédure criminelle. Ce droit procédural dit « intermédiaire », propre à cette période allant de 1789 à 1804, apparaît sur bien des points comme une période exceptionnelle, très différente des systèmes procéduraux antérieurs et postérieurs, une phase à la fois transitoire et expérimentale semble-t-il.

La première de ces deux lois maintient l'Ordonnance de 1670 en vigueur sur tous les points qu'elle ne traite pas tandis que la loi de 1791 évince radicalement les procédures issues de l'Ancien Régime.

Concernant l'instruction, une décision de prise de corps peut être décidée dans le cadre de l'enquête préparatoire, au terme d'une première information instruite en présence de deux « *adjoints* », des notables de la municipalité ou de la communauté d'habitants choisis pour « [...] [leurs] *bonnes moeurs et [leur] probité reconnue* »²⁰⁸⁴. L'accusé est donc détenu durant tout le temps où se poursuit la deuxième phase de l'instruction, menée par un juge unique dans le cadre d'une procédure intégralement publique.

La peine est décidée, là encore, au terme d'un jugement par trois juges en audience publique. Si cette publicité intégrale, sur toute la durée du jugement, est la grande innovation de la procédure, l'absence de l'accusé durant tout le jugement, à l'exception de son seul interrogatoire, peut étonner : son conseil peut par contre être présent durant toute l'audience et a le droit à la parole en dernier afin de défendre son client. Le délibéré se tient en secret, mais les condamnations doivent être motivées.

Cette phase n'est que transitoire avant l'adoption de la loi des 16-29 septembre 1791 qui instaure, notamment, la procédure par jurés. Les trois juridictions répressives actuelles sont alors créées, des peines de prison – certes légères, puisque ne dépassant pas huit jours d'enfermement – pouvant être prononcées même par le tribunal de police municipale.

Seule l'instruction dans le cadre d'une procédure criminelle doit retenir notre attention ici, les

²⁰⁸⁴ Article 1-7 de la loi des 8 octobre -3 novembre 1789, cité par A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II. La procédure criminelle*, Paris, Cujas, coll. « Synthèse », 1988, p. 134

instructions devant les juridictions de police municipale ou de police correctionnelle n'entraînant pas de détention préventive. L'organisation de l'instruction fait ressortir la défiance des hommes de la Révolution envers la Royauté et la Justice, en tout cas le Parquet. Ainsi, le juge menant l'instruction est le juge de paix, élu par le peuple et généralement sans formation juridique. Il peut se saisir d'office en cas de flagrant délit ou lorsqu'il est avisé « [...] *d'un meurtre ou d'une mort dont la cause est inconnue ou suspecte* »²⁰⁸⁵, ou être saisi par des particuliers, qui peuvent agir par intérêt personnel, étant eux-mêmes lésés par l'acte commis, ou par acte de civisme²⁰⁸⁶. C'est alors au terme des premiers actes de l'information, -audition des témoins, procès-verbaux et interrogatoire des prévenus-, que le juge pouvait éventuellement ordonner la mise en détention du ou des prévenu(s). En cas de refus par ce juge de délivrer soit un mandat d'amener, en vue de l'interrogatoire du suspect, soit du mandat d'arrêt en vue du placement en détention du prévenu, la partie plaignante ou dénonciatrice pouvait toujours contester cette décision en soumettant au jury d'accusation « *l'acte portant refus* » que le juge de paix était alors tenu de délivrer à cette partie à sa demande. Ceci dit, cette forme d'appel de la décision du juge de paix était rare, aux dires d'André LAINGUI et Arlette LEBIGRE²⁰⁸⁷. Il faut relever par contre qu'aucune initiative de poursuite, et encore moins de proposition de placement en détention préventive, n'est ouverte au ministère public, qui n'intervient pour la première fois dans l'affaire que devant le jury d'accusation.

Un changement remarquable pour le juge est posé par la nouvelle législation en matière de décision de la peine : ce n'est plus de son libre arbitre qu'il prononce une peine de prison mais parce que des textes lui imposent de rendre ce verdict en fonction de l'infraction commise. Le nouveau *Code Pénal* instaure en effet des peines fixes. Le juge n'a plus la possibilité de les moduler en-dehors des « tarifs » correspondants aux circonstances aggravantes, eux-mêmes inscrits dans le Code. Ce système, véritable carcan professionnel, est inventé en réaction au « principe de l'arbitraire » qui prévalait dans l'Ancien Régime. Principe qui laissait au juge une très forte latitude dans le choix des peines et lui permettait ainsi d'adapter au plus près la peine aux faits voire de juger en équité, les coutumes, les usages en cours et éventuellement la législation royale n'indiquant au magistrat que le cadre de base de sa pratique. A la Révolution, ce fondement du système judiciaire d'Ancien Régime n'est plus acceptable car il est ressenti comme une réplique de l'arbitraire royal. Les peines sont désormais égales pour tous et fixées à l'avance par la loi²⁰⁸⁸. En conséquence, dans le cadre de cette application mécanique de la peine que la loi fait correspondre à chaque infraction, si individualisation de la punition il peut y avoir, c'est donc au niveau du jury qu'elle se décide. Autre transformation et régression certaine sur le plan des principes pénaux, la possibilité de faire appel des décisions rendues semble avoir disparu²⁰⁸⁹.

La décision est prise en deux temps : suite à l'audience, orale et publique, « [...] *avec pleine liberté de la défense* »²⁰⁹⁰, où sont entendus témoins, accusateur public -le membre du ministère public chargé « [...] *de développer les charges admises par le jury d'accusation* [...] »²⁰⁹¹-, et accusé au titre de sa défense, le président résume les débats puis pose les questions rituelles au jury sur les faits fondant l'accusation, la culpabilité et la condamnation uniquement. Les jurés se prononcent en fonction de leur intime conviction. Si la condamnation est décidée, les trois juges et le Président, - tous des magistrats élus, rappelons-le -, statuent alors sur la peine.

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) ne rénove pas fondamentalement les procédures ainsi posées, mais opère surtout un changement fondamental : celui du terme posé à la dénonciation civique et, en contrepartie, il ouvre sur une revalorisation du ministère public qui sera l'objet de la loi du 7 pluviôse an IX (27 janvier 1801). Cette loi donne

²⁰⁸⁵ Article 1 du titre 3 de la 1ère partie de la loi des 16-29 septembre 1791, cité par A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II*, op. cit., 1988, p. 137

²⁰⁸⁶ On parle dans ce cas de la « *dénonciation civique* » (A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II*, op. cit., 1988, p. 137)

²⁰⁸⁷ A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II*, op. cit., 1988, p. 137

²⁰⁸⁸ Cf. les développements sur la peine *supra*, pp. 38-40

²⁰⁸⁹ Cette disparition se justifie très certainement par la création d'une nouvelle organisation de l'institution judiciaire, basée sur l'élection des juges et l'instauration de jurys de citoyens en matière criminelle.

²⁰⁹⁰ A LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal II*, op. cit., 1988, p. 138

²⁰⁹¹ *Idem* p. 138

même aux substituts du commissaire du Gouvernement auprès du tribunal criminel, ancêtre du procureur de la République et représentant du Ministère public dans son arrondissement, possibilité de décerner des mandats de dépôt à l'encontre d'un prévenu qui leur serait présenté par les juges de paix ou les officiers de police. Mais il doit en ce cas en référer dans les vingt-quatre heures au directeur du jury, juge d'instruction au premier degré selon la loi. La procédure devient également secrète et écrite et l'inculpé n'a pas connaissance des charges portées contre lui avant la fin de son interrogatoire devant le juge d'instruction.

Quant au système de l'élection des juges, il disparaît définitivement dès 1802, à la faveur du *sénatus-consulte* organique de la constitution consulaire, promulgué le 16 thermidor en X (4 août 1802), alors que ce procédé de choix des juges était déjà en dégénérescence depuis le début de Consulat, le système de la nomination lui étant préféré.

On a évoqué à quel point la décision d'enfermement et l'existence de l'institution totale étaient intrinsèquement liées, les deux jambes d'un même corps claudiquant si l'une des deux venait à faillir. Dans nos deux exemples institutionnels, l'emprise du pouvoir étatique sur ces décisions originelles d'enfermement est indéniable, allant jusqu'à être monopolistique dans le cas carcéral. Or, lorsqu'on se remémore l'idée fondatrice des institutions totales selon Marcel GAUCHET et Gladys SWAIN, idée selon laquelle le concept d'institution totale est fondé sur le désir de « changer l'Homme », « [...] de le recomposer ex nihilo sur le plan moral [...] »²⁰⁹², la décision d'internement et l'étude de ses critères de sélection, des raisons pour lesquelles elle va être prise à l'encontre d'un individu apparaît d'autant plus cruciale : de ces règles et de ce tri vont dépendre le degré de normalisation de la pensée imposée par la société aux individus et le degré de tolérabilité de la différence au sein de cette même société. Une position sans doute très fortement influencée par le choix étatique. C'est à ce point de la réflexion qu'on peut s'apercevoir que, s'il y a concordance de vues ou fongibilité entre les autorités qui ont défini les critères encadrant la décision d'enfermement, celles en charge de cette décision originelle d'enfermement et celles en charge de l'institution de « redressement comportemental », ou si la définition de la décision originelle reste peu précise et laisse une forte latitude d'interprétation, on peut aboutir rapidement à l'émergence d'un totalitarisme latent et d'un contrôle des pensées. Dans nos cas d'étude, la présence du juge judiciaire, autorité censée rester indépendante en toute circonstance, peut rassurer, quoique son invincibilité ne soit pas sans faille si l'on en croit l'empiètement naissant du pouvoir exécutif sur son champ d'action originel en matière de placement des aliénés. Sur ce dernier point, c'est moins sur le caractère justifié ou non de cette emprise administrative nouvelle que nous attirons l'attention que sur sa faisabilité incontestable.

Une faisabilité qui va se confirmer avec le système légal créé et toujours d'actualité, qui fait définitivement basculer le schéma dans ce sens administraviste et marque ainsi, de manière pérenne, la divergence volontaire entre les deux types de décisions de privation de liberté.

II. LA STABILISATION DU DROIT : LES CODES DE 1808 ET 1810 ET LA LOI DE 1838

Tandis qu'avec la loi de 1838 apparaît un encadrement strict et élaboré de la privation de liberté, appuyé sur un régime médico-administratif (A), la décision de placement en prison se contente d'une confiance en l'indépendance et l'intégrité des juges judiciaires (B).

²⁰⁹² Cf. p. XXIV de la préface inédite de Marcel GAUCHET rajoutée lors de la réédition en 2007 de M. GAUCHET et G. SWAIN, *La pratique de l'esprit humain. op. cit.*, 1980, 515 p.

A · LA DECISION DE PLACEMENT DANS LE CADRE DE L'INSTITUTION PSYCHIATRIQUE

Le phénomène majeur marquant la période ici considérée (1830-1945) pour le monde psychiatrique reste bien l'adoption de la loi du 30 juin 1838. Pour la première fois, un texte législatif, donc une norme générale et contraignante, organise l'internement des malades mentaux.

Après des débats parlementaires parfois virulents, et en tout cas nourris, le choix a été fait du principe d'une subsidiarité de l'intervention étatique par rapport à celle de la famille et pour celui de la non-judiciarisation de la procédure, le « gardien des libertés individuelles » n'intervenant qu'à titre de contrôle *a posteriori*. Derrière ces annonces, il faut remarquer que le pouvoir administratif se taille la part belle, se voyant confier un rôle stratégique de régulateur de la présence des aliénés au sein de la société, appuyé sur des avis médicaux. Rapidement, cette loi, vantée pour être une loi de bienfaisance venant combler une grave lacune en s'occupant enfin du sort des malades mentaux, est donc dénoncée comme une « loi de police » prise à l'encontre des aliénés. La réalité se trouve bien entendu entre les deux, cette loi se révélant à la fois une loi d'assistance en faveur des fous, un progrès pour la prise en charge de nombre d'entre eux, notamment les plus indigents, et une loi de défense sociale donnant les moyens aux pouvoirs publics de débarrasser la société de ces individus dérangeants. Le fou est bien reconnu comme un être humain malade, mais ce nouveau regard est davantage une position théorique, semble-t-il, chez nombre de parlementaires comme pour le ministre GASPARI, qu'une conviction mise en actes.

La place importante donnée dès le départ dans le projet du Gouvernement à l'autorité préfectorale et gardant une couleur de protection sociale à l'encontre des malades mentaux est un premier indice de la vision que l'on persiste à avoir du fou. La volonté de protéger l'honneur des familles et de préserver le secret de l'existence d'une telle maladie en leur sein, la véritable « douleur » que peut représenter pour elles la présence d'un aliéné, qui tournerait apparemment à une stigmatisation humiliante insupportable, est le second signe, récurrent tout au long des débats parlementaires, du malaise des hommes du XIX^e siècle à l'égard de la folie. Volonté qui a décidé de plusieurs positions adoptées à l'égard des malades mentaux, notamment eu égard au rejet de la judiciarisation des mesures de placement et à l'écartement d'une obligation de déclaration d'interdiction préalable.

Notons également que cette loi n'aborde que les placements sous contrainte, n'instituant donc pas officiellement dans le droit l'hospitalisation libre en psychiatrie. Même si nous travaillons exclusivement sur les malades hospitalisés sous contrainte, cette position reste à remarquer car elle indique bien l'esprit de la loi : cette dernière n'a pas pris en charge tous les malades mentaux mais spécifiquement ceux qui posaient de graves problèmes, suffisamment pour que leur volonté soit évacuée au profit de celle d'autrui, que cet autrui soit un proche ou les pouvoirs publics²⁰⁹³. Ainsi,

²⁰⁹³ Une réserve doit néanmoins être posée à ce discours. Le second alinéa de l'article 25 de la loi énonce en effet que « les aliénés dont l'état mental ne compromettrait point l'ordre public ou la sûreté des personnes [...] seront également admis [dans l'établissement appartenant au département ou avec lequel ce dernier aura passé contrat pour accueillir les aliénés de son territoire] [...] ». C'est une circulaire du 5 août 1839, confortée par une seconde du 14 août 1840 « relative au placement des aliénés non-dangereux » (notamment son article 3), qui donnent sa réelle dimension à cette « petite phrase » (expression reprise à Claude QUETEL dans Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 292) : cette dernière crée un cadre légal pour l'hospitalisation libre. Néanmoins, cela reste un mode d'hospitalisation réservé à une catégorie bien spécifique d'individus lucides et nécessitant effectivement des soins : ils doivent être indigents, ne devant avoir ni ressources ni famille suffisamment proche et fortunée pour qu'on puisse en exiger la prise en charge financière de l'internement. Quant au cadre légal, il reste bien discret. D'ailleurs, s'il fixe les modalités d'entrée, il omet de poser celles de sortie, pourtant fondamentales si l'on traite d'hospitalisation libre dans un milieu où l'hospitalisation sous contrainte règne ; on ne peut dès lors que supposer que le patient entré librement par ce biais pourra en ressortir de même, lorsqu'il le souhaitera. Il s'agit en réalité davantage d'une brèche ouverte dans les modalités de placements sous contrainte pour permettre à des personnes de se faire hospitaliser dans les mêmes établissements. La demande d'hospitalisation est donc libre pour la personne mais elle doit être acceptée par le préfet et ne fait que lui donner accès à une prise en charge en asile psychiatrique, mais sans organisation de régime spécial. Ainsi que l'explique Thibault GONGGRYP, ces malades doivent donc être « [...] dociles au point d'accepter les contraintes [vécues dans ces asiles] volontairement [...] ». Il explique alors par ce flou dans les conditions de prise en charge le fait qu'aucune suite n'a été donnée à cet alinéa de l'article 25. (Cf. Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental*, op. cit., 2007, p. 148-149)

dès le départ, de nombreux patients se sont fait soigner dans le cadre de consultations ambulatoires ou d'hospitalisation qu'ils ont eux-mêmes souhaitées, autant de situations qui restaient hors du champ de cette loi de 1838 en tant qu'elle traite des procédures d'admission à l'hôpital. Contrairement au discours généralement tenu, la loi « ESQUIROL » est donc moins la loi réglementant la psychiatrie naissante que la loi d'une partie des aliénés, ceux atteints des pathologies les plus graves et les plus perturbatrices pour les collatéraux et la société en général²⁰⁹⁴. D'ailleurs, elle est fortement marquée temporellement, s'appuyant sur la seule thérapeutique reconnue en matière psychiatrique à l'époque : l'internement. Sa grande longévité n'a ainsi été possible que grâce à l'instauration de tout un méta-droit, formé de circulaires, qui l'ont complétée et se sont éloignées de son esprit bridant.

Conséquence de la prise en compte de ces différents paramètres, la loi de 1838 propose deux formes de placements sous contrainte (1), entourées d'un certain nombre de garanties (2), ces mesures étant reconnues comme fortement attentatoires aux libertés de l'individu. Dans ce contexte, une place particulière est réservée à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, en tant qu'autorité de contrôle de ces mesures (3). Ce sont enfin les modalités de sortie de l'institution, qui doivent être abordées, révélatrices qu'elles sont du pouvoir d'autrui, médical et administratif notamment, sur la personne prise dans les filets de l'institution et de la difficulté à rompre avec cet épisode de sa vie pour l'ancien interné, rattrapé par les contrôles sociaux (4).

§ 1. Les deux types de placements créés par la loi de 1838

Ainsi, la loi organise deux types de placements : le placement volontaire et le placement d'office. Bien évidemment, aucun des deux ne laisse place au fou pour exprimer sa volonté, considérée comme entièrement sous l'emprise de la maladie. Malade à l'esprit corrompu, il perd donc toute autonomie dans ce cadre, et voit au chapitre sur sa situation et son devenir.

Ainsi, le placement dit « volontaire » est le placement déclenché par un tiers, les parlementaires visant par là, en fait, un membre de la famille. On peut remarquer l'imprécision de la loi de 1838 quant au motif de la demande de placement : contrairement à la loi de 1990 qui lui a succédé, le texte de 1838 reste silencieux à cet endroit. Aucune ligne de conduite n'est donc spécifiée aux directeurs et responsables d'établissements psychiatriques pour apprécier de la légitimité de la demande. Il semble qu'une confiance entière est portée au certificat médical devant accompagner cette demande.

Ce placement est assis sur une pure fiction juridique : le malade étant considéré comme n'étant plus apte à consentir à son internement, on laisse une personne présumée agir dans son intérêt substituer son consentement au sien. L'idée est que, si le malade avait été « moins aliéné », il aurait nécessairement accepté son internement en vue d'être soigné. L'évidence de la situation et la recherche du bienfait l'emportent sur le principe de l'autonomie de la volonté.

²⁰⁹⁴ Notre discours a été inspiré par une analyse de Thibault GONGGRYP. Ce dernier pousse cependant à l'extrême cette idée, s'appuyant sur l'article 11 et son injonction que le certificat de quinzaine précise « [...] *le retour plus ou moins fréquent des accès ou des actes de démence* » pour estimer que seuls « *les malades mentaux graves, tels que décrits dans l'article 11 précité, qui éventuellement à un moment ou un autre, pourraient présenter un danger pour l'ordre public du fait de la pathologie mentale* » seraient concernés par la loi de 1838 (Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental*, op. cit., 2007, p. 144). On comprend le raisonnement : l'article 11 vise les malades placés volontairement, on sait que le placement d'office ne vise que les personnes mettant en cause l'ordre public et la sûreté des personnes, la loi ne viserait donc que « [...] *les malades les plus graves* [...] », elle serait donc loin des visées liberticides contre les fous pris dans leur généralité qu'on lui prête souvent. Cependant, reste à s'entendre sur la définition du terme démence. Il semble, après consultation du LITRE, qu'il faille ici considérer ce terme sous son acception commune de « folie », ce terme regroupant tous les types de troubles psychiatriques. Contrairement à ce que laisse entendre Thibault GONGGRYP, la gravité du mal ne serait donc pas forcément une condition *sine qua non* à l'internement. Les témoignages recensés durant toute la période où le droit fut régi par la loi de 1838 viennent, à notre sens, corroborer notre analyse plus modérée du texte : certains placements ont pu être demandés par des proches attentifs au bien-être d'un parent, sans pour autant que ce dernier soit atteint par une folie aussi aliénante que celle que Monsieur GONGGRYP semble lire exclusivement dans le terme « *démence* » employé à l'article 11. Et en tout cas, bon nombre de ces malades n'avaient rien à faire craindre à l'ordre public, les conséquences de leur mal se retournant plus généralement contre eux-mêmes (Cf. Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental*, op. cit., 2007, pp. 141-144).

Le placement d'office est, quant à lui, prononcé par l'autorité préfectorale²⁰⁹⁵, dès lors que « l'état d'aliénation [de la personne] compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes »²⁰⁹⁶. Il s'agit donc de protéger la société contre un individu potentiellement dangereux. En cas de « danger imminent », les maires peuvent se substituer temporairement au préfet et ordonner « toutes mesures provisoires nécessaires » à l'égard d'un malade apparemment fou et dangereux, à charge pour eux ensuite de référer de leur action au préfet dans les vingt-quatre heures afin que ce dernier décide sans délai du devenir de l'opération²⁰⁹⁷. Toujours dans une optique de protection de la société, cette mesure de placement peut également être utilisée par le préfet pour s'assurer du maintien en asile de personnes internées au départ *via* une mesure de placement volontaire²⁰⁹⁸.

Thibault GONGGRYP démontre longuement le rôle subsidiaire du préfet par rapport à la famille. Ce rôle ressort effectivement des débats parlementaires et, comme il le fait remarquer, est tout-à-fait dans l'esprit du temps : l'époque est marquée par la conception de l'« Etat-gendarme », les pouvoirs publics doivent donc intervenir le moins possible dans les affaires privées des citoyens. Le fait est notamment que, même en cas de placement d'office, la famille garde un droit de choix d'un établissement privé d'accueil à la place de celui de référence pour le département.

§ 2. Les garanties encadrant ces mesures de placement

De nombreuses garanties sont instituées par le texte de 1838 afin d'assurer la liberté individuelle contre un risque d'internement arbitraire. Néanmoins, le Gouvernement comme le rapporteur de la loi refusent, à l'époque, d'entendre un quelconque risque de ce type de la part de l'administration ; quelques garanties, seulement, sont donc posées dans le cadre du placement d'office (b). Par contre, un nombre non-négligeable de mesures de prévention sont prises dans le cadre du placement volontaire (a).

◇ a) *Les garanties dans le cadre du placement volontaire : une réponse à la défiance face aux proches et au pouvoir médical*

Ainsi, l'article 8²⁰⁹⁹ de la loi énumère toutes les pièces à fournir avec la demande d'admission d'une personne dans un établissement psychiatrique public ou privé. La demande d'admission, qui doit être manuscrite et signée ou « *reçue par le maire ou le commissaire de police* », deux autorités administratives de confiance, au cas où le demandeur ne saurait pas écrire, doit identifier précisément à la fois le demandeur et la personne à placer. Il s'agit par ce biais d'engager la responsabilité du demandeur quant à la légitimité de la demande d'internement, les autorités publiques se mettant à même de pouvoir se retourner contre lui en cas d'internement abusif²¹⁰⁰.

Cette demande doit en outre être accompagnée d'un certificat médical de moins de quinze jours et émaner d'un médecin ne travaillant pas dans l'établissement d'accueil et n'étant pas allié ou parent, jusqu'au « *second degré inclusivement* », ni du demandeur du placement ni « *des chefs ou propriétaires de l'établissement* » d'accueil²¹⁰¹. Il s'agit ici de prévenir tout risque de collusion entre

²⁰⁹⁵ A Paris, le préfet de police

²⁰⁹⁶ Article 18 de la loi du 30 juin 1838

²⁰⁹⁷ Article 19 de la loi du 30 juin 1838

²⁰⁹⁸ Article 21 de la loi du 30 juin 1838

²⁰⁹⁹ Cet article trouve place dans le titre II, section première de la loi, qui traite spécifiquement des placements volontaires.

²¹⁰⁰ La volonté de responsabilisation de la famille est un des arguments de VIVIEN, rapporteur de la commission de préparation de la loi devant la Chambre des Députés pour rejeter toute intervention de l'administration, notamment une éventuelle exigence d'autorisation préalable à demander au préfet, pour lancer une procédure de placement volontaire. Selon lui, cette responsabilisation est pensée « *dans l'intérêt même de la liberté individuelle* » car « *si [...] le préfet a donné son autorisation, la responsabilité de la famille disparaît, et passe toute entière à l'administration* ». Or, il se montre persuadé qu'il serait toujours possible de « [...] *surprendre cette autorisation* [...] » et de l'obtenir alors que les motivations réelles de la séquestration seraient coupables. Dans son schéma, les coupables ne pourraient donc être punis de cet internement abusif du fait-même de l'écran que constituerait l'autorisation préfectorale préalable entre la décision de placement et la responsabilité produite. Cf. discours de VIVIEN devant la Chambre des Députés, séance du 18 mars 1837, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., 1972, Tome I, pp. 42-43.)

²¹⁰¹ Article 8 de la loi du 30 juin 1838

les autorités médicales et la famille de l'interné. Malgré ces précautions, plusieurs scandales de cette nature ont éclaté au cours du XIX^e siècle, postérieurement à l'adoption de la loi, et la crainte des internements arbitraires demeure une des principales peurs amenant à critiquer la loi de 1838.

Le certificat en lui-même doit « constat[er] l'état mental de la personne à placer, [...] indiqu[er] les particularités de [l]a maladie et la nécessité de faire traiter la personne désignée dans un établissement d'aliénés et de l'y tenir renfermée. »²¹⁰². Un certificat médical de bonne foi qui peut donc permettre à tout personnel administratif ou tout juge, par définition non versés dans le savoir médical, de vérifier la légitimité de l'internement. Il s'agit en tout cas d'un acte reconnaissant que la personne est bien atteinte par une maladie nécessitant traitement, ce qui sous-entend que la mesure de placement serait considérée comme suffisamment grave pour n'être acceptée qu'en cas de maladie réelle et avérée, et non prise à titre de simple précaution.

Une rédaction qui paraît néanmoins bien présomptueuse de la capacité du médecin à détecter et qualifier sans atermoiement une maladie mentale, éventuellement au premier trouble. De deux choses l'une : soit ce placement volontaire doit en réalité être le fruit d'une longue maturation diagnostique, au cours de laquelle médecin et famille soupçonnent la maladie mentale, en observent les symptômes et où le médecin établit progressivement ses conclusions avant de permettre, par l'établissement du certificat médical primaire, l'internement du malade. En ce cas, le préfet peut réellement être considéré comme l'autorité de placement subsidiaire qui pourra faire interner à tout moment le malade observé qui deviendrait dangereux, cette autorité préfectorale n'ayant pas, pour sa part, à justifier par un acte médical d'un trouble psychiatrique pour faire interner quelqu'un²¹⁰³. Soit la rédaction de l'article 8 est à relativiser, ce qui semble confirmé par les explications de la nécessité d'instaurer un « certificat de quinzaine », éclaircissements donnés par la Commission de préparation de la loi devant la Chambre des Pairs : le premier certificat pourrait, dans cette hypothèse, être établi sur des soupçons de maladie du premier médecin et de la famille, le certificat de quinzaine venant confirmer ou infirmer ces premières impressions après un diagnostic scientifiquement plus solide, assis sur deux semaines d'observation du malade²¹⁰⁴.

Enfin, l'article 8 impose au directeur d'hôpital de s'assurer de l'identité de la personne internée, afin de se garantir contre toute substitution de personne frauduleuse visant à faire interner des individus que le corps médical refuserait de reconnaître comme aliénés en les faisant passer pour d'autres²¹⁰⁵.

Un bulletin d'entrée est établi, qui doit mentionner l'existence de toutes ces pièces, et qui doit être transmis dans les vingt-quatre heures à l'autorité préfectorale, doté d'un certificat médical supplémentaire, établi par un médecin de l'établissement d'accueil.

Au-delà de ces premières garanties, effectives dès la prise de décision privative de liberté, entre en jeu une seconde vague de sécurités juridiques : tout d'abord, dans les trois jours de la réception du bulletin d'entrée, le préfet doit communiquer l'identité complète (nom, prénom, profession, domicile) du demandeur du placement volontaire et de l'interné ainsi que les causes du placement aux procureurs du Roi à la fois de l'arrondissement du domicile de la personne enfermée et de l'arrondissement dans lequel est situé l'établissement d'accueil²¹⁰⁶. L'autorité judiciaire ainsi informée de la privation de liberté de tout malade individuellement est plus à même d'exercer un contrôle ciblé sur les internements douteux.

²¹⁰² Article 8 de la loi du 30 juin 1838

²¹⁰³ C'est en effet à lui de motiver, avec les notions de médecine aliéniste que l'on peut attendre d'un haut fonctionnaire de l'Etat, son ordre de placement.

²¹⁰⁴ En effet, comme le plaide le Marquis de BARTHELEMY au nom de la Commission de préparation de la loi, « Pour bien juger de la situation d'un aliéné, il faut vivre avec lui, l'étudier à chaque instant, suivre ses mouvements et surprendre jusqu'à ses monologues [...]. Quinze jours après l'entrée d'un malade, le médecin de l'établissement doit être complètement édifié sur son état. » (discours du Marquis de BARTHELEMY devant la Chambre des Pairs, séance du 29 juin 1837, tiré de Législation sur les aliénés et les enfants assistés, op. cit., 1972, Tome II, p. 100)

²¹⁰⁵ L'article 8 demande donc que soit remis au directeur de l'établissement psychiatrique « le passeport ou toute autre pièce propre à faire constater l'individualité de la personne à placer ».

²¹⁰⁶ Article 10 de la loi de 1838

Dans les cas d'internement en asile privé, le préfet doit, dans le même délai de trois jours, missionner un ou plusieurs médecins auprès de la personne internée désignée dans le bulletin, qui devront vérifier la véracité et le maintien de l'état mental signalé dans les certificats médicaux transmis à l'autorité préfectorale²¹⁰⁷. Cette précaution dénote la méfiance portée en 1838 à l'endroit du secteur privé en matière de privation de liberté. Il semblait aux Parlementaires qu'autant l'Administration pouvait être exempte de tout soupçon, ses serviteurs n'exerçant que dans l'optique du Bien Public, autant le secteur privé pouvait être aisément corruptible, trop sensible au profit. Puisqu'il s'était avéré impossible d'instaurer le maillage territorial d'établissements psychiatriques exigé par la loi sans leur concours, il s'est agi pour le Législateur d'embrigader ces entreprises privées dans un carcan de contrôles, en prévention de toute atteinte à la liberté individuelle.

En outre, un certificat de quinzaine doit être établi par le médecin de l'établissement d'accueil quinze jours après le placement et envoyé au préfet. Il doit confirmer ou infirmer les constats mentionnés dans les premiers certificats et préciser la récurrence « *des actes ou accès de démence* ». Il peut ainsi paraître étonnant de voir imposer une telle précision médicale adressée à des autorités administratives *a priori* peu à même de juger d'un état pathologique à partir de constats comportementaux médicaux et des conséquences à en tirer. Sans aller jusqu'à s'emparer de questions de principe telles que le secret médical, problème qui a effectivement été soulevé au cours des débats parlementaires²¹⁰⁸, on peut tout simplement s'interroger sur l'utilité de cette injonction : certes, elle pourrait servir de filtre aux décisions arbitraires les plus flagrantes. Mais encore faudrait-il que le préfet constate *de visu* l'état de l'aliéné car si le médecin est suffisamment corrompu pour appuyer l'internement d'un individu non-aliéné dans son établissement, il le sera bien évidemment pour aller au bout de sa démarche et rédiger un certificat médical mensonger justifiant l'internement abusif.

Semble se découvrir ici, de manière particulièrement appuyée, l'esprit sous-tendant l'ensemble du texte de juin 1838 : la forte défiance envers le corps médical opposée à la confiance immodérée faite à l'administration, incarnée notamment par le préfet. Ce dernier est vu en effet comme une autorité neutre, n'ayant pas d'intérêt autre que le maintien de l'ordre public et de la sécurité des personnes. Ses décisions seront donc justes et intègres, contrairement à celles des médecins qui peuvent « *s'abuser involontairement sur l'état d'un malade ou bien, aveuglé par l'intérêt privé, peut vouloir prolonger le séjour d'un pensionnaire* »²¹⁰⁹, pour reprendre le propos d'un parlementaire.

Est également instaurée l'obligation, pour chaque établissement recevant des aliénés, de tenir un registre recensant l'identité précise de toutes les personnes internées, l'indication de leur éventuel jugement d'interdiction et les informations afférentes à cet acte, la date du placement ainsi que l'identité précise du demandeur du placement -mention faite, le cas échéant, du degré de parenté entre cette personne et l'interné- et tous les certificats médicaux obligatoires exigés par la loi. Or cette récapitulation des principales informations transmises au préfet depuis le début de l'internement est complétée par la consignation, au moins mensuelle, de la part du médecin de l'établissement, « *des changements survenus dans l'état mental de chaque malade* », ainsi que par la mention de toutes les sorties et décès²¹¹⁰. Ce « Livre de la loi » est la garantie ultime permettant aux autorités de contrôle de s'assurer, lors de leurs visites de chaque établissement, de la légitimité de la présence de toutes les personnes internées. Il leur est en effet présenté à chacune de leur venue et elles sont tenues d'y apposer visa, signature et éventuelles observations à la fin de leur

²¹⁰⁷ Article 9 de la loi du 30 juin 1838

²¹⁰⁸ Cependant, sur ce point du secret médical, il s'agit de ne pas se méprendre dans un contresens anachronique : si des parlementaires se sont saisis de la question, c'est pour dénoncer l'atteinte portée à l'honneur de la famille de l'aliéné du fait de la divulgation de la maladie de son parent au sein des administrations. Ce n'est donc en aucune façon par égard au malade lui-même que le texte de loi est contesté.

²¹⁰⁹ Marquis de BARTHELEMY, rapporteur de la loi, à la Chambre des Pairs, Discours à la séance du 29 juin 1837, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, op. cit., 1972, Tome II, pp. 101-102.

²¹¹⁰ Article 12 de la loi du 30 juin 1838

inspection²¹¹¹.

◇ **b) Les garanties dans le cadre du placement d'office : la confiance envers l'administration-autorité décidante du placement**

En comparaison, les garanties entourant la mesure de placement d'office paraissent beaucoup plus modérées. Au niveau de la décision en elle-même, cette dernière doit être motivée et doit spécifier les circonstances qui l'ont imposée. Point remarquable, cet ordre d'internement préfectoral n'a pas à être soutenu par un certificat médical, contrairement à la demande de placement volontaire et également contrairement aux mesures provisoires pouvant éventuellement être prises par les maires en cas de danger imminent²¹¹². La totale confiance en l'intégrité et la justesse de jugement du préfet semble jouer en sa faveur une fois de plus²¹¹³. Ceci dit, ces décisions de placement d'office doivent être consignées sur un « Livre de la loi » semblable en tout point à celui établi pour les placements volontaires. Et en outre, les responsables d'établissements accueillant des malades placés d'office doivent adresser aux préfets concernés, « *dans le premier mois de chaque semestre, un rapport rédigé par le médecin de l'établissement sur l'état de chaque personne qui y sera retenue, sur la nature de sa maladie et les résultats du traitement* »²¹¹⁴ ; une exigence fondamentale permettant au préfet de décider du maintien ou de l'élargissement de l'interné en placement d'office. Le représentant de l'Etat a en effet obligation de reconsidérer semestriellement sa position sur chaque internement, après une étude individuelle de chaque dossier.

En outre de même que pour les placements volontaires, la loi exige que les procureurs du Roi soient informés de toutes les mesures de placement d'office, mais l'article 22 impose qu'il en soit porté à la connaissance, en plus, au maire de la commune du domicile du malade afin qu'il en informe sans tarder les familles, et que le ministre de l'intérieur soit également informé.

§ 3. Les contrôles institués et l'autorité judiciaire, simple autorité de contrôle de la justification des placements

Le choix a été fait d'écarter la judiciarisation de la procédure d'internement au profit des pouvoirs publics et de la liberté de la famille. Les principaux arguments alimentant cette position, qui a soulevé de fortes polémiques, se sont appuyés sur la lenteur de la justice, fondamentalement inappropriée aux situations en cause, et sur la recherche de discrétion concernant ces questions touchant à l'honneur des familles. ESQUIROL lui-même s'appuie sur ces arguments pour plaider le renoncement à la procédure judiciaire²¹¹⁵. Ultime argument : le placement est de toute façon une mesure médicale qui n'a rien à voir avec une quelconque peine de prison.

Concernant le placement d'office, on privilégie également le rôle de garant de l'ordre public qui incombe exclusivement à l'administration et ne peut être confié au juge judiciaire, dont ce n'est pas le champ de compétence. Ressort fortement ici la césure entre le domaine de l'autorité judiciaire, spécifiquement garante des libertés individuelles, et l'Administration ; on sent chez les défenseurs de la loi la crainte farouche de voir l'autorité judiciaire empiéter sur le domaine des pouvoirs publics et enfreindre la loi des 16-24 août 1790²¹¹⁶.

²¹¹¹ Idem

²¹¹² Ceci dit, l'article 19 précise que le danger imminent peut être attesté par un certificat médical ou éventuellement « *par la notoriété publique* ». Il n'empêche que la certification des faits ou du comportement est requis pour les maires et commissaires de police et que le certificat médical est l'acte apparemment le plus souhaitable et le plus authentique, alors que son établissement n'est même pas évoqué pour venir conforter l'ordre préfectoral de placement d'office.

²¹¹³ Au point, même que le juge administratif considérera dans un premier temps que ces placements relèvent du régime des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours devant lui : « il s'agit « [...] d'un acte de police administrative qui n'est susceptible d'aucune appréciation par voie contentieuse. » (CE, 20/12/1855, « *Commune d'Issoudun* », req. n°26.205, *Rec. Lebon*, 1855, p. 760)

²¹¹⁴ Article 20 de la loi du 30 juin 1838

²¹¹⁵ Cf. sa brochure, *Examen de la loi sur les aliénés* distribuée au cours des débats parlementaires.

²¹¹⁶ Par contre, le flou dans la compétence juridictionnelle, entraîné par le double visage de cette mesure à la fois prise dans l'intérêt de l'ordre public et portant gravement atteinte aux libertés individuelles, est déjà latent si l'on en croit

Cependant, à l'époque, semble être acceptée dès le départ l'instauration d'une entorse à cette loi énonçant le principe de séparation des fonctions administratives et judiciaires. Le Ministre de l'Intérieur lui-même reconnaît la mise en place d'un contrôle de la décision administrative par le juge judiciaire²¹¹⁷, ce qui, comme il le souligne, pose « *contre la possibilité d'abus deux garanties au lieu d'une* »^{2118 2119}. En s'éloignant un peu de l'idéologie de l'époque, ce contrôle de légitimité paraît surtout nécessaire pour assurer un semblant d'équilibre, au sein de la loi, entre la garantie des libertés individuelles et la toute puissance des pouvoirs publics. Mais, au-delà de ce discours ancré dans la réalité et qui se veut rassurant pour les défenseurs des libertés individuelles, les principes semblent saufs du point de vue du droit pur. En effet, si contrôle il y a par l'autorité judiciaire de la légitimité du placement d'office, ce juge ne contrôle pas directement l'ordre pris par le préfet mais la situation en elle-même. Fiction juridique soutenue par plusieurs artifices du même ordre : il faut remarquer, en premier lieu, l'absence de motivation de la décision du juge, ce qui évite toute contradiction entre la motivation de l'ordre d'internement préfectoral, toujours effectif, et celle de l'injonction de levée immédiate de la mesure prise par le juge judiciaire. Précaution confortée par l'instauration du huis-clos et de l'absence de publication de ces décisions de levée d'hospitalisation.

Du point de vue du demandeur, cette garantie judiciaire prend la forme d'une possibilité de saisine, à tout moment de la procédure et de l'internement, du tribunal judiciaire du lieu où est situé l'établissement d'accueil. Ce demandeur peut être la personne placée ou tout parent ou ami, tuteur ou curateur de la personne, ainsi que le Procureur qui peut se saisir d'office. Et, ultime sécurité permettant l'effectivité de la garantie, aucune requête ou réclamation adressée par un interné aux autorités administratives ou judiciaires ne pourra être retenue ou détruite par le chef d'établissement²¹²⁰.

En outre, l'article 4 de la loi impose que tous les établissements accueillant des aliénés soient visités au moins semestriellement pour les établissements publics, au moins trimestriellement pour ceux privés, et « *à des jours indéterminés* », par le Procureur du Roi de l'arrondissement. De manière plus souple, il impose sans précision de fréquence, des visites semblables de la part du

les hésitations du juge administratif à se reconnaître compétent pour le contentieux de l'hospitalisation d'office notamment : ainsi, après s'être déclaré incompétent pour connaître de tels actes, dans lesquels il voyait « [...] *des actes de police administrative échappant à tout contentieux* » (CE, 20/12/1855, « *Commune d'Issoudun* », préc., *op. cit.*, 1855, p. 760), il maintient cette position d'incompétence mais au motif que la compétence appartenait au juge judiciaire, estimant que la loi de 1838 « [...] *créait un bloc de compétence exclusivement réservé [à cette dernière]* » (CE, 16/12/1881, « *Département de la Sarthe* », req. n° 57.453, *Rec. Lebon*, 1881, pp. 980-981). Ce n'est qu'au début du XXe siècle, avec un arrêt du 21/7/1911 « *Dame veuve FERNEL et son fils FERNEL* », req. n° 42.759, *Rec. Lebon*, 1911, pp. 844-845) qu'il accepte de revenir sur sa position et de connaître de la régularité formelle des arrêtés d'hospitalisation d'office. (Les citations sont tirées de Cl. LANDAIS et F. LENICA, « Le placement d'office et ses deux juges ». [Note sous l'arrêt CE sect., 1/4/2005, « *Madame Sylviane LAPORTE* », req. n° 264627], *AJDA*, 2005, p. 1231)

²¹¹⁷ « Vous remarquerez d'ailleurs que, [...], l'action administrative, en s'exerçant, subira de la part de l'autorité judiciaire un contrôle qu'en aucun cas l'autorité judiciaire ne pourrait subir de la part de l'autorité administrative. » (intervention du Ministre de l'Intérieur GASPARDIN à la Chambre des Députés, séance du 6 janvier 1837, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1972, Tome I, p. 19.)

²¹¹⁸ *Idem*, p. 19. Ce jeu de double garantie est repris par la Commission de préparation de la loi et évoqué à nouveau par VIVIEN à la Chambre des Députés, lors de la séance du 3 avril 1837, (tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1972, Tome I, p. 102.)

²¹¹⁹ Le contrôle de légitimité de la mesure par le juge judiciaire viendrait en effet en aval d'une première sécurité, aux dires du Ministre de l'Intérieur, à savoir l'intégrité de l'administration dans toutes ses démarches : « [...] *le temps n'est plus où l'autorité administrative était tenue en état permanent de suspicion, où l'on ne voyait dans ses actes que le danger de l'arbitraire. Aujourd'hui, sa responsabilité est réelle ; sa marche légale, son intervention protectrice. On reconnaît que, comme tous les pouvoirs légitimes, elle est en elle-même une garantie.* » (intervention du ministre de l'Intérieur GASPARDIN à la Chambre des députés, séance du 6 janvier 1837, tiré de *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, *op. cit.*, 1972, Tome I, p. 19)

²¹²⁰ Article 29 de la loi du 30 juin 1838. L'article précise, concernant les Interdits, que seul leur tuteur pourra former la demande de sortie.

préfet et ses délégués, du président du tribunal, du juge de paix et du maire de la commune accueillant l'établissement. Rien n'indique par contre, dans ces derniers cas, si ces tournées doivent avoir le même caractère inopiné que celles du procureur. Ces passages dans les établissements sont censés permettre aux internés de faire connaître leurs plaintes et réclamations à des autorités extérieures à l'institution et à la famille. C'est également à cette occasion que ces mêmes personnalités contrôlent le contenu du Livre de la loi.

S'y ajoutent les précautions spécifiques, précédemment évoquées²¹²¹, prises, *via* l'Ordonnance du 18 décembre 1839 notamment, à l'encontre du secteur privé, placé « *sous la surveillance de l'autorité publique* »²¹²².

§ 4. Les modalités de sortie suite à un placement sous contrainte et l'ouverture sur le contrôle social

Concernant la sortie, terme de l'effectivité de la décision privative de liberté, la loi ordonne une sortie immédiate de la personne placée volontairement, dès la déclaration par les médecins de sa guérison. Dans le cadre du placement d'office, c'est au préfet d'ordonner la sortie²¹²³. Et dans tous les cas où la sortie est officiellement prononcée (les deux cas susmentionnés ainsi que par décision judiciaire), toute retenue de l'interné au-delà de ces autorisations de sortie fait encourir au responsable de l'établissement d'accueil fautif²¹²⁴ une sanction pénale, mesure, comme le fait remarquer Thibault GONGGRYP, que la loi de 1990 ne reprend pas à son compte.

Mais la sortie n'est qu'une promesse de libération complète : l'article 15 de la loi de 1838 exige, pour les personnes enfermées dans le cadre du placement volontaire, que « *[d]ans les vingt-quatre heures de la sortie, [...] le nom et la résidence des personnes qui auront retiré le malade, son état mental au moment de sa sortie et, autant que possible, l'indication du lieu où il aura été conduit* », soit transmis, aux sous-préfets ou aux maires, ainsi que, dans tous les cas, au préfet. Concernant les personnes sortant après un placement d'office, une simple information de l'ordre de sortie délivrée par le préfet est imposée par l'article 22 mais, par contre, le cercle des destinataires est plus étendu : les procureurs, autant du lieu où est situé l'établissement d'accueil que du domicile de l'interné, le maire du domicile de la personne, qui doit lui-même prévenir la famille, ainsi que le ministre de l'Intérieur doivent être avisés de la mesure.

Les garanties énumérées visent donc à s'assurer que la décision d'internement prise soit toujours légitime en jouant sur tous les tableaux possibles : intégrité ou du moins bonne foi de l'autorité ou de la personne prenant la décision, véracité et pertinence de la motivation et, en cas de dérapage, des possibilités de saisine effective d'autorités dotées de pouvoirs d'action pour rétablir la justice. Le rapporteur de la loi, le député VIVIEN, se dégage d'ailleurs des critiques sur le manque de garanties du système concernant les libertés individuelles en rappelant, d'une part, que cette loi constitue de toute façon un progrès par rapport au néant antérieur en matière des droits des internés, et surtout en certifiant que l'instauration de plus de mécanismes de garanties alourdirait à l'excès les procédures de placement, les rendant trop lentes et compliquées.

Certes le système n'est pas infaillible : il repose finalement fortement – et ce malgré la défiance que l'on a pu signaler envers le corps médical – sur les diagnostics médicaux, des expertises qui ne peuvent être remises en cause par des autorités administratives ou judiciaires de bonne foi. C'est par cette faille que vont s'engouffrer les principales critiques de la loi, craignant les collusions et les certificats de complaisance voire des actes rédigés par des médecins peu au fait de la science aliéniste et donc incompétents pour ces diagnostics, mais n'hésitant pas, cependant, à utiliser le pouvoir conféré par leur titre de docteur en médecine. Les délateurs de la loi critiquent notamment le fait que les garanties n'interviennent, selon leur compréhension du système, que postérieurement à la mesure de placement. Ils militent donc pour une judiciarisation du processus,

²¹²¹ Cf. *supra*, les pages 388 et s. concernant l'implication de l'Etat dans la prise en charge de l'institution psychiatrique.

²¹²² Article 3 de la loi du 30 juin 1838

²¹²³ Alinéa 2 de l'article 20 de la loi du 30 juin 1838

²¹²⁴ Article 30 de la loi du 30 juin 1838

l'autorité judiciaire semblant, à leurs yeux, la seule garantie solide contre les internements abusifs.

Une judiciarisation qui est le propre, par contre, de la décision de privation de liberté dans le cadre pénitentiaire.

B · LA DECISION DE PRIVATION DE LIBERTE DANS LE CADRE DE L'INSTITUTION CARCERALE

Autant les médecins opérant au sein de l'institution asilaire agissent dans le cadre de la décision privative de liberté et de la décision de son terme, autant les personnels gérant l'institution carcérale ont peu, voire pas du tout, voix au chapitre concernant la décision d'enfermement des détenus qu'ils reçoivent. Certes, le phénomène va perdre un peu de sa rigueur par rapport à la période précédente grâce, notamment, à des lois comme celle du 14 août 1885 sur la libération conditionnelle. Cette loi peut amener l'administration pénitentiaire à donner son avis sur le comportement d'un détenu dans le cadre d'une décision d'avancement de la date de sortie, type de décision auquel appartiennent objectivement les décisions de libération conditionnelle. Il n'en reste pas moins que l'administration pénitentiaire n'a aucun pouvoir décisionnel et qu'elle reste cantonnée à un rôle d'invité sollicité dans le cadre d'une procédure judiciaire.

En effet, la décision de privation de liberté est prononcée par l'autorité judiciaire. Concernant la détention avant procès, d'abord, retour est fait à la procédure émanant de l'ordonnance criminelle de 1670 à quelques améliorations près. C'est donc une procédure inquisitoire, secrète et écrite, sans liberté de la défense, l'accusé ne trouvant assistance d'un conseil qu'à son interrogatoire par le président des Assises, à la veille des débats. Les prévenus en matière criminelle sont systématiquement emprisonnés avant leur jugement, généralement dans le cadre de l'enquête préliminaire et cette détention dure jusqu'à la fin de la procédure, une liberté provisoire pouvant par contre être obtenue, sous réserve du versement d'une caution, en matière correctionnelle.

Le juge d'instruction est la cheville ouvrière de cette procédure. C'est donc lui qui décide de la mise en détention préventive²¹²⁵. Ce magistrat vient remplacer, selon une loi du 20 avril 1808 et le Code d'instruction criminelle de la même année mais ne prenant effet qu'en 1811, le « *terne* »²¹²⁶ juge de paix créé en 1789. Doté d'abord de puissants pouvoirs d'enquête, il ramène également dans son escarcelle, à partir d'une loi du 17 juillet 1856, les pouvoirs juridictionnels liés à celle-ci. Jusqu'alors, en effet, il devait partager les décisions liées à la détention et autres questions juridictionnelles suscitées par son enquête avec deux autres juges, au sein de la chambre du Conseil du tribunal.

Concernant la privation de liberté au titre de peine et quant à l'identité du juge dans ce cadre, le système mis en place depuis la Révolution et conservé en dépit de quelques modifications par le Code d'instruction criminelle de 1808 s'appuie sur le principe du jury en matière criminelle, en supprimant le jury d'accusation mais en maintenant une architecture complexe pour le jugement : le président de Cour choisit trente-six personnes dans une liste de soixante noms présélectionnés par le préfet de la Province. Douze jurés sont alors tirés au sort dans cette seconde liste. Il apparaît en réalité avec évidence que le hasard est fortement orienté, volonté, au départ, d'un Empereur qui se méfiait farouchement des jurys, trop indulgents à son goût dans le prononcé des peines. Quelle authenticité donner alors à l'indépendance de ces jurés ?

Les audiences devant le jury sont publiques et contradictoires. En outre, depuis le Code de 1808, l'accusé en cour d'assises est défendu par un avocat. En tout cela, les principes-cadres d'un procès équitable semblent respectés à ce stade de la procédure.

²¹²⁵ Rappelons que le mandat de dépôt peut toujours être éventuellement émis, à l'époque, par le substitut du Commissaire du Gouvernement auprès du tribunal criminel, mais que ce dernier doit alors en référer dans les vingt-quatre heures au directeur du jury, juge d'instruction au premier degré selon la loi.

²¹²⁶ Ce qualificatif est repris à Jean PRADEL, dans J. PRADEL, *Le juge d'instruction*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance de droit », 1996, p. 2

Le Code pénal de 1810 a maintenu le principe de légalité des infractions, sachant que les définitions ainsi posées sont d'interprétation stricte. Par contre, ce nouveau Code napoléonien revient à une liberté d'arbitrage en fonction des circonstances propres à chaque espèce laissée au juge. Ainsi, la loi ne fait plus correspondre à chaque infraction qu'un maximum et un minimum dans les sanctions, fourchette à l'intérieur de laquelle le juge choisit la sanction qui lui paraît la plus appropriée en fonction de tous les paramètres de l'affaire dont il a connaissance. Est ainsi permise une individualisation de la peine touchant, dans le principe, à plus d'équité donc de justice. S'y rajoute la création des circonstances atténuantes par la loi du 25 juin 1824. Le jeu en est étendu à toutes les infractions par la loi du 28 avril 1832 qui laisse désormais au jury une liberté d'appréciation complète de la reconnaissance de tels adoucissements de la peine en puissance. La Cour est désormais tenue de prendre en compte cette appréciation du jury pour prononcer la peine finale. La loi du 5 mars 1932 termine cette évolution en permettant définitivement aux jurés de statuer avec les magistrats sur la peine.

Vue sous cet angle, la décision d'emprisonnement semble donc entourée d'un certain nombre de garanties. La première critique à poser, si l'on veut contester l'illégitimité d'incarcérations éventuellement sociologiquement voire individuellement observées, doit concerner les lois pénales elles-mêmes, qui fondent la politique d'enfermement. Même si, les juges ont retrouvé dès le début du siècle une certaine latitude dans l'appréciation de la punition à formuler, ils restent tenus par des règles générales garantissant l'égalité entre tous les citoyens.

Il est étonnant de constater à quel point des décisions par nature semblables, -elles sont toutes deux privatives de liberté-, se révèlent aux antipodes l'une de l'autre au plan des procédures. La cause est entendue : l'une bénéficie de l'aura indépendante du juge judiciaire tandis que l'autre se révèle un « *régime médico-administratif* »²¹²⁷. En effet, dans la première, c'est bien le juge judiciaire qui reste le maître du jeu et de la décision finale tandis que dans la seconde, la même autorité n'est plus qu'un organe de contrôle de la légitimité de la mesure. Cette divergence n'est pas sans raison : la volonté s'est manifestée lors des débats parlementaires sur la loi sur les aliénés de 1838 de ne pas assimiler détenus et malades mentaux. Il est donc apparu important à certains de différencier les deux procédures de privation de liberté. Argument qui peut paraître fallacieux et survaloriser les apparences, et qui pourtant restera d'actualité lors des débats de la loi de 1990.

En conséquence, la décision de placement en asile psychiatrique, la moins sûre au regard des articles 7 à 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, se révèle enveloppée de garanties de toutes sortes, dont ne bénéficie pas la décision de détention. En effet, l'existence du procès, ou au minimum de la réflexion d'un juge²¹²⁸ rend inutile tout un catalogue de garanties tant la confiance en la Justice, son indépendance et sa perspicacité semble ancrée dans la société.

L'opposition des concepts saisissant les deux décisions de privation de liberté, entre régime médico-administratif contre judiciaire, n'est pas remise en cause à la Libération et reste d'actualité dans le droit contemporain. Un état de fait de base qui ne doit pas masquer les évolutions connues à l'intérieur de chacun des régimes.

²¹²⁷ Expression empruntée à Thibault GONGGRYP.

²¹²⁸ On pense ici aux prévenus, non encore passés en jugement.

SOUS-SECTION 2 : L'ETAT DU DROIT ACTUEL CONCERNANT LA DECISION DE PRIVATION DE LIBERTE²¹²⁹

Le bilan de la Seconde guerre mondiale et de ses exactions est venu imprimer la privation de liberté, sous toutes ses formes, d'un nouveau regard sur l'homme, et notamment sur l'homme « différent » ou délinquant. Si la révolution psychiatrique ne traduit sa remise en cause par une refonte de la loi gérant la décision de privation de liberté que plusieurs décennies après sa mise en pratique (I), l'adoption officielle d'une nouvelle doctrine en matière pénale s'est pour sa part traitée par la loi, tout changement en la matière passant, cette fois, par un texte de cette valeur juridique (II).

I. DANS LE CADRE PSYCHIATRIQUE, ENTRE LA LOI DE 1990 ET LA REFORME EN COURS

La privation de liberté dans le cadre de la psychiatrie a continué à être régie par la loi de 1838 jusqu'à la réforme aboutissant à la loi du 27 juin 1990 en remplacement de la précédente. Le texte de 1990, plus qu'une véritable révolution dans le droit de la psychiatrie, entérine pour une grande part les changements opérés dans la pratique psychiatrique et tout particulièrement durant les cinquante dernières années de la loi sur les aliénés. L'aspect révolutionnaire s'esquisse cependant dans l'esprit du texte : même non innovant par rapport à la pratique, il n'en inscrit pas moins dans le marbre législatif ce changement de regard porté sur le fou et la place à part entière qui lui est reconnue dans la société, tenant compte de sa singularité. La personne malade et sa force de décision sont replacées au coeur du processus. Si ce phénomène se manifeste de manière symptomatique dans le retournement du principe en faveur du mode d'hospitalisation dit « libre »²¹³⁰ et dans l'affirmation de droits fondamentaux intangibles reconnus aux personnes hospitalisées sous contrainte à côté du rappel explicite du bénéfice de tous les droits des patients en faveur des personnes hospitalisées en psychiatrie avec leur consentement, il irradie l'ensemble des dispositions de la loi et sous-tend l'application qui en est faite.

Seuls les modes d'hospitalisation sous contrainte issus de la loi du 27 juin 1990 seront exposés ici, les procédures utilisées antérieurement à cette date n'ayant pas connu de modification par rapport au texte initial de 1838 (A). Ces procédures sont bien entendu encadrées par des garanties visant à la protection de la personne contre tout internement abusif, qui reprennent largement, en les renforçant parfois, celles posées par la loi précédente (B). En tant que mesures privatives de liberté, elles appellent nécessairement une étude particulière des modalités de sortie (C). Dans tous les cas se perçoit la continuité entre les deux lois marquée par le maintien du système médico-administratif, proprement français, ce au grand dam d'une part de la doctrine (D) mais avec l'assentiment des instances européennes. Le système français est en effet conforme aux exigences du droit européen en matière d'hospitalisation sous contrainte, les condamnations éventuelles découlant d'une mauvaise application de ce cadre théorique interne (E).

²¹²⁹ Nous entendons par « actuel » l'état du droit antérieur à mars 2011.

²¹³⁰ La loi de 1838 ne proposait, on le rappelle, que deux modes d'internement, tous deux sous contrainte. L'une des principales innovations de la loi de 1990 a été d'entériner la pratique de l'acceptation en hospitalisation de patients consentants à cette prise en charge mais surtout d'en faire le principe opératoire de l'hospitalisation en psychiatrie.

A · LES DEUX MODES D'HOSPITALISATION SOUS CONTRAINTE

Ces modes d'hospitalisation ont repris l'architecture de la loi précédente, les changements n'étant que des modifications ponctuelles visant à renforcer la protection des personnes contre des décisions de placement arbitraires. Ainsi, désormais, une personne peut être hospitalisée sous contrainte soit « sur demande d'un tiers », soit « d'office », le premier cas se substituant au placement volontaire tandis que le second remplace le placement d'office. De prime abord, donc, les dénominations de ces modes d'hospitalisation paraissent plus loyales, ne laissant plus croire, pour la première, à un choix délibéré du patient lui-même pour engager ces procédures.

Pour le reste, la trame principale de chacun des modes opératoires a été peu modifiée mais un certain nombre de garanties ont été rajoutées ou entérinées, selon les cas, aux différentes étapes de la procédure : ainsi, en premier lieu, la loi définit désormais de manière expresse les conditions à remplir pour engager de telles procédures : concernant l'HDT, la personne doit être atteinte par des troubles « [...] *rend[a]nt impossible son consentement* » et « *son état [doit] imposer des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier* »²¹³¹, les deux conditions étant cumulatives. Les HO concernent pour leur part les personnes qui « [...] *compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* »²¹³² et qui, depuis la loi du 4 mars 2002, « [...] *nécessitent des soins* [...] ». Cette incursion, qui pose la nécessité des soins comme priorité, redonne à l'hospitalisation d'office un caractère d'abord sanitaire en plus de sa dimension sécuritaire, indéniable et pouvant seule justifier l'intervention de la puissance publique dans un champ aussi intime que la santé²¹³³.

La loi de 1990 a ajouté une précision eu égard aux personnes déclarées irresponsables pénalement et relaxées ou acquittées par la juridiction de jugement, ou, même, en amont, bénéficiant d'un non-lieu décerné par le juge d'instruction. Officialisant une pratique inégalement appliquée, elle impose dans un nouvel article L. 348, devenu l'article L. 3213-7 CSP aux autorités judiciaires concernées d'en « [...] *avis[er] immédiatement le préfet* [...] » afin que ce dernier prenne sans délai toute mesure utile. Mais cette situation particulière doit s'insérer dans la procédure normale de l'HO, dont les conditions de mise en oeuvre et les règles formelles doivent être respectées. Le juge informateur doit également prévenir la Commission Départementales des Hospitalisations Psychiatriques (CDHP) de sa démarche. Avec la réforme du 25 février 2008 portant notamment sur la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, la chambre de l'instruction elle-même peut décider, en vertu du nouvel article L. 706-135 CPP, d'une hospitalisation d'office à l'encontre de la personne concernée par un arrêt ou un jugement d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, dès lors que les conditions exigées pour l'HO classique sont remplies (« HO sur décision de justice » communément dénommée « HO judiciaire »). La décision doit être motivée et le préfet informé. Cette mesure vient s'ajouter à la procédure précédente de transmission du dossier depuis les autorités judiciaires vers les services préfectoraux pour demander une HO. Il s'agit donc ici d'une révolution dans la répartition des compétences jusqu'alors entérinée par les textes et défendue par les lois successives. Une révolution qui a pour elle une véritable cohérence, étant prise par l'autorité gardienne naturelle de la liberté individuelle, alors que cette dernière se refuse à condamner une personne qu'elle considère comme non responsable de ses actes mais néanmoins dangereuse pour la société. Il s'agit en réalité, par ce court-circuit judiciaire, d'éviter des « [...] « *délais préjudiciables* » tant à l'intéressé qu'à la

²¹³¹ Alinéa 1er de l'article L. 3212-1 CSP

²¹³² Alinéa 1er de l'article L. 3213-1 CSP. L'exigence d'un caractère grave de l'atteinte a été rajoutée par la loi du 4 mars 2002.

²¹³³ D'ailleurs, l'article L. 3213-7 CSP impose que, suite à « [...] *un classement sans suite motivé par les dispositions de l'article 122-1 du code pénal* [cause d'irresponsabilité pénale pour troubles psychiatriques] », à « *une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ou [à] un jugement ou arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale* [...] » pour les mêmes causes, les autorités judiciaires estimant que l'état mental de la personne en cause « *nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public* » en informent dans l'immédiat le préfet « [...] *qui prend sans délai toute mesure utile* [...] » et la CDHP. L'avis médical requis pour prendre l'arrêté d'hospitalisation d'office devra alors porter « [...] *sur l'état actuel du malade.* »

société [...] »²¹³⁴ inhérents à la procédure de passage de témoin entre les autorités judiciaires et préfectorales. Mais c'est une solution d'efficacité qui sonne, comme le craignaient les partisans du système médico-administratif opposé à sa judiciarisation, comme une alternative à une condamnation pénale, prononcée qu'elle est dans le cadre d'un procès ou d'une audience devant la chambre d'instruction ayant toutes les apparences d'un procès. Il apparaît dès lors que ce qui était jusque là la procédure de principe, unique voie permettant l'hospitalisation d'office de l'irresponsable pénal n'est plus vouée qu'à jouer le rôle de verrou de sécurité, et même encore plus sûrement à tomber en désuétude : on voit mal en effet quel intérêt aura le juge d'instruction à informer le préfet de son ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qu'aucune des parties à l'affaire, ni lui-même, n'a jugée bon de transférer à la chambre de l'instruction, alors même que l'un des motifs de cette transmission peut être le déclenchement de mesures de sûreté relevant de sa seule compétence, telles que l'HO. On voit encore moins cette même chambre ou une juridiction de jugement, qui ont elles-mêmes cette compétence d'internement, ne pas la prononcer pour mieux en passer par le préfet...

Face à cet état du droit, le projet de loi du 5 mai 2010 propose une architecture entièrement renouvelée pour la prise en charge sous contrainte des personnes atteintes de troubles mentaux qui le nécessitent : il s'agit en effet d'utiliser toute la panoplie des modalités de soins aujourd'hui existantes et non plus de se cantonner à la seule hospitalisation à temps plein, permettant ainsi de maintenir le patient dans un milieu moins traumatisant et infantilisant que l'hôpital, et de s'adapter, au plus près de ses problématiques pathologiques. Un nouveau concept qui met en oeuvre de manière encore plus approfondie « le principe de restriction minimale » posé par la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de 2004 en proposant de le mettre en oeuvre aussi à l'intérieur des mesures sans consentement²¹³⁵.

Le choix de la modalité adaptée, qui peut naturellement demeurer, malgré tout, l'hospitalisation à temps plein, se ferait au terme d'une période d'observation de soixante-douze heures d'hospitalisation complète²¹³⁶. Par la suite, en fonction de l'évolution de l'état du patient, le psychiatre le suivant pourrait à tout moment modifier les indications thérapeutiques et ce jusqu'à la levée de la mesure de soin sous contrainte. L'organisation d'un véritable suivi des soins, appuyé sur un protocole précis et diffusé aux autorités de contrôle compétentes, doit assurer la sécurisation du processus lorsque le patient est laissé en soins ambulatoires sans consentement. Ce système vaudrait, à part quelques détails pratiques dirigés vers la sécurité des tiers concernant les possibilités de traitement ambulatoire, pour les deux modes d'admission à ces soins, celle obtenue après demande d'un tiers (ex-HDT) et celle obtenue sur demande du représentant de l'autorité publique (ex-HO). Les motifs fondant ces demandes ne seraient pour leur part pas modifiés.

Chacune de ces procédures est encadrée de garanties, la plupart n'étant que le maintien de celles instaurées par la loi de 1838.

²¹³⁴ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de rétention de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal*, 2008, p. 17, citant lui-même le rapport du Sénat présenté par M. J.-R. LECERF, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, [en ligne], Sénat, n°174, (session 2007-2008), 23 janvier 2007, p. 69

²¹³⁵ Ce principe demande que la personne soignée le soit « [...] dans l'environnement disponible le moins restrictif possible et [qu'elle] [...] bénéficie[...] du traitement disponible le moins restrictif possible ou impliquant la moindre intrusion, tout en tenant compte des exigences liées à leur santé et à la sécurité d'autrui » (article 8 de la recommandation Rec(2004)10, préc.). En introduisant la notion de soins sans consentement et en évitant ainsi l'obligation d'hospitalisation complète pour les personnes nécessitant des soins sans leur consentement dont l'état n'exige pas forcément un maintien en enfermement complet, ce système légalise en effet l'utilisation détournée de la sortie d'essai, qui permettait déjà de respecter ce principe mais de manière « méta légale ».

²¹³⁶ Projet de loi n°2494 du 5 mai 2010, préc., p. 17, article 1er, points 14 et s., (nouvel article L. 3211-2-2)

B · LES GARANTIES

Les garanties peuvent prendre deux formes complémentaires : outre celles émaillant les procédures d'hospitalisation (1), différents contrôles administratifs, médicaux et judiciaires, effectués à différents stades de l'hospitalisation, assurent la légitimité de l'internement sans consentement (2).

§ 1. Les garanties dans les procédures

Le *corpus* de garanties a été singulièrement renforcé en droit, et tout particulièrement à l'encontre de la procédure émanant de la puissance publique, parent pauvre des protections de la liberté individuelle de la personne hospitalisée sous contrainte sous l'empire de la précédente loi²¹³⁷. Ceci dit, un certain nombre de dévoiements ou de difficultés paralysant partiellement l'utilisation de ces mesures et remettant en cause leur efficacité amènent des voix à s'élever pour une réforme. Elles diffèrent entre HDT (a) et HO (b).

◇ a) Les garanties entourant la procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers et leurs critiques

La demande engageant la procédure d'HDT doit être manuscrite, « [...] *signée par la personne qui la formule* [...] »²¹³⁸, et émaner d'un tiers agissant dans l'intérêt de la personne à hospitaliser. La jurisprudence se montre particulièrement exigeante sur cette dernière condition, imposant l'existence avérée de relations antérieures à la demande d'hospitalisation entre le tiers demandeur et la personne à hospitaliser²¹³⁹. Le juge, demeurant dans la crainte de l'internement arbitraire, estime en effet que seule une demande émanant d'une personne connaissant le malade rend cet intérêt pour la personne vraiment plausible. Cependant, dans la réalité, il est souvent difficile de trouver un tiers remplissant ces conditions de connaissance du malade et consentant à rédiger une demande qui peut sonner comme un arrêt de séquestration pour certains. Comme le signalent plusieurs rapports officiels abordant le sujet, « [l]a contradiction est très importante pour un proche du malade entre le souhait de permettre au patient d'être soigné, le désir d'être soulagé de cette charge et la nécessité de prendre une décision qui est intrusive pour le patient »²¹⁴⁰, la culpabilisation d'avoir effectué un acte d'une violence symbolique aussi forte pouvant être exacerbée par les reproches du patient lui-même, voire par la situation conflictuelle que cela peut entraîner, rancoeurs à l'appui. En outre, il arrive également que la démarche de l'HDT emprunte un cours inverse à celui sous-entendu par la loi : que le tiers soit recherché une fois la personne arrivée à l'hôpital et étant jugée par les médecins comme nécessitant effectivement une telle

²¹³⁷ Cf. pp. 464 et s.

²¹³⁸ Un défaut à ce niveau de la procédure peut amener le directeur de l'établissement défaillant sur son contrôle à être renvoyé devant les juridictions pénales. Voir en ce sens CA Aix-en-Provence, ch. Instr., 25/3/2004, n° 443/2004, cité par J. H. STARK, « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », *JCP G*, 2005, n° 29, I, p. 1392

²¹³⁹ CE, sect., 3/12/2003, « *Centre Hospitalier Spécialisé de Caen* », req. n° 244867, [en ligne], Légifrance. Auparavant, sur la même affaire, la Cour administrative de Nantes a affirmé dans une décision du 2 février 2002 que l'infirmier général extérieur à l'établissement d'accueil ne remplissait pas les critères du tiers demandeur, tout compétent à apprécier l'intérêt de la mesure pour la patiente qu'il était et alors que famille et assistante sociale de secteur étaient défaillants (CAA Nantes, 7/2/2002, « *Nathalie P. c/ Centre Hospitalier Spécialisé de Caen* », n° 01NT00836, [en ligne], Légifrance. Cf J.H. STARK, « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », *op. cit.*, 2005, I, p. 1392). Par une lettre du 20 mars 2002, le ministre de la Santé a reprécisé la teneur, et même étendu cette incompatibilité posée à l'article L. 3212-1 CSP, qui n'évoque pour sa part que « [...] [l]es personnels soignants dès lors qu'ils exercent dans l'établissement d'accueil. ». Ainsi, policiers et agents administratifs, directeur compris, seraient également exclus, seuls les assistants sociaux de secteur et ayant eu des liens avec la personne avant la demande étant effectivement habilités à déposer une telle demande.

²¹⁴⁰ A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, *op. cit.*, mai 2005, p. 31. Cf. également STROHL (H.) [prés.], CLEMENTE (M.) [rapp. Général], *Rapport du Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990*, [en ligne], sept. 1997 ou le commentaire porté par José COELHO sur cette question dans J. COELHO, « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaidoyer pour une réforme », *RDSS*, mars-avril 2006, n°2/2006, p. 256

hospitalisation²¹⁴¹. Il peut alors s'agir d'un véritable défi pour l'établissement qui a peu de temps pour faire ces recherches, au risque, sinon, de se voir condamner pour séquestration arbitraire. Une difficulté dont les jurisprudences précédemment citées n'ont pas réellement tenu compte, semble-t-il, appliquant rigoureusement la loi²¹⁴².

Le projet de loi de mai 2010, tenant compte de ces cas de conscience affectifs des proches ainsi que des situations d'isolement social de certains malades empêchant de leur découvrir aucun tiers proche propose donc d'organiser une nouvelle procédure en sus des deux classiques, réservée néanmoins, si l'on en croit les termes du projet, aux « *cas de péril imminent* » pour la personne, permettant de s'affranchir de cette exigence. L'admission se fera alors sur la seule base d'un certificat médical d'un médecin extérieur à l'établissement d'accueil et le directeur de l'établissement devra informer dans les vingt-quatre premières heures « *toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du patient* », vérification faite que cette information n'aura pas « d'impact négatif » pour le patient, notamment postérieurement à la mesure et en respectant malgré tout l'exigence de secret médical. Cette disposition s'inspire de toute évidence des critiques et suggestions d'amélioration du système actuel par les familles et proches des patients, qui se sentent parmi les premiers concernés, -outre le patient-, par la prise en charge de la maladie, et qui revendiquent dès lors une information complète et précise, proche de celle qui peut être donnée au patient, afin de gérer au mieux cette prise en charge souvent quotidienne²¹⁴³. Il est remarqué par ailleurs que la transformation de la mesure à laquelle ouvre la contrainte, devenue soin et non plus nécessairement hospitalisation, peut être ainsi plus facilement assumée par les proches de la personne en besoin de soins : ces derniers ne se posent ainsi plus forcément en demandeurs de séquestration mais peuvent se revendiquer d'une simple demande, celle du soulagement de la personne, une demande de traitement²¹⁴⁴. Par ailleurs, prenant acte de la jurisprudence administrative, le projet de loi intègre dans la loi la définition que ce juge donne du tiers.

Cette demande doit également comporter différents éléments d'identification du demandeur et de la personne à soigner : nom, prénoms, âge et domicile ainsi que nature des relations entre elles²¹⁴⁵.

La demande d'hospitalisation doit être confortée par la présentation de certificats médicaux assurant de la réalité des troubles. Ainsi, le principe existait déjà dans la loi de 1838 à propos des placements volontaires mais la loi de 1990 le renforce : il ne s'agit plus d'un mais de deux certificats à présenter²¹⁴⁶, tous deux circonstanciés et datant de moins de quinze jours, qui doivent émaner de deux médecins différents et dont le premier, au moins, ne doit pas appartenir à l'établissement accueillant par la suite le malade²¹⁴⁷. Derrière le terme « circonstanciés », la loi exige que soit « [...] constat[é] l'état mental de la personne à soigner [...] », en précisant, par exemple, les manifestations de ses troubles, que soient spécifiées « [...] les particularités de sa

²¹⁴¹ Cf. A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, *op. cit.*, mai 2005, p. 31.

²¹⁴² En conséquence, le rapport de l'IGAS/IGSJ proposant une réforme de la loi de 1990 suggère de maintenir le système en vigueur mais en le complétant d'« [...] un mécanisme spécifique destiné à pallier l'absence de tiers ou à faire face à sa réticence à s'engager dans une procédure que le patient pourrait vivre douloureusement ou de façon hostile. » (A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, *op. cit.*, mai 2005, p. 54)

²¹⁴³ Cf. Etude d'impact du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, [en ligne], site de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2494.asp>, mai 2010, p. 44 [document séparé, à pagination propre, placé à la suite du projet de loi], consultée le 23/04/2011

²¹⁴⁴ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 44

²¹⁴⁵ Alinéa 3 de l'article L. 3212-1 CSP

²¹⁴⁶ Sauf cas de « *péril imminent pour la santé du malade dûment constaté par le médecin* », où, exceptionnellement, la personne pourra être admise en hospitalisation sur demande d'un tiers sur présentation d'un seul certificat médical, et pouvant émaner d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil. La situation critique dans laquelle se trouve la personne et le caractère d'urgence de la réponse à apporter justifie que tous les verrous garantissant d'un internement arbitraire, mais également porteurs de lenteurs, disparaissent sur ces situations ponctuelles. (article L. 3212-3 CSP).

²¹⁴⁷ Alinéa 4 de l'article L. 3212-1 CSP; Par contre, le second certificat peut émaner d'un médecin exerçant dans cet établissement.

maladie [...] » et que soit dûment indiquée et justifiée la nécessité de la faire hospitaliser pour ces troubles²¹⁴⁸. Il est ainsi implicitement pris acte que la psychiatrie est une science complexe à la grande diversité de réponses et qu'il ne s'agit plus de faire correspondre irrévocablement « internement » à « troubles mentaux ». Le second certificat, quoique également dûment circonstancié, doit pour sa part se contenter de « *confirm[er]* » le premier. Reprenant sa prise en compte du possible jeu d'alliances entre médecins certificateurs et demandeur de l'hospitalisation, la loi entoure la mesure de précautions renforcées sur ce point puisque les deux médecins concernés « [...] *ne peuvent être parents ou alliés, au quatrième degré inclusivement* », désormais, « *ni entre eux, ni des directeurs des établissements* [habilités à recevoir des personnes hospitalisées sous contrainte] [...], *ni de la personne ayant demandé l'hospitalisation ou de la personne hospitalisée* »²¹⁴⁹. Notons pour terminer que les certificats médicaux, quels qu'ils soient, doivent être signés par le praticien rédacteur²¹⁵⁰.

Un certain nombre de critiques viennent fustiger ce système de protection de la liberté individuelle de la personne²¹⁵¹. Il est vrai que, comme dans la précédente loi, ces deux certificats d'admission peuvent émaner de médecins non spécialistes en psychiatrie, ce qui peut paraître déroutant lorsque l'on connaît la complexité de cette matière médicale et la méconnaissance qu'en ont les médecins généralistes. L'argument a porté sur l'idée de simplicité et de confort psychologique pour le tiers, dans une situation émotionnelle déjà tendue, de faire appel à un médecin généraliste, notamment à son médecin de famille, plutôt qu'à un spécialiste inconnu. Il a également été tenu compte de la plus grande facilité, eu égard à la démographie médicale, de trouver des médecins disponibles par rapport à l'obligation de chercher dans le cercle plus restreint des psychiatres, à l'emploi du temps en outre souvent engorgé par les rendez-vous.

Par ailleurs, l'insertion de l'exigence d'un second certificat médical visant à confirmer le premier et à s'assurer ainsi de l'absence de collusion entre le premier médecin et la famille a été jugée par une partie du corps médical comme sans intérêt et même préjudiciable au patient car compliquant inutilement la mesure d'hospitalisation alors qu'il en va de la santé de la personne. Ainsi, à côté de la dénonciation d'un double emploi avec le certificat « des vingt-quatre heures » a pu être avancé l'argument de son irréalisme, notamment dans des zones rurales désertées médicalement, sans compter celui du risque d'un caractère purement formel, aujourd'hui apparemment vérifié, en tout cas ponctuellement : le second médecin serait contacté directement par le premier et rédigerait un certificat de confirmation sans forcément rencontrer le patient. Sans être sous-tendu par une volonté de collusion pour fomenter un internement arbitraire, il s'agirait souvent dans ces cas de répondre à une détresse évidente d'une famille désarmée et d'un patient effectivement mal en point. Mais le problème réside bien dans les dévoiements qu'utilisent ainsi les médecins et on peut s'interroger sur l'absence d'emploi de la procédure d'urgence dans ce type de situation et donc sur la pertinence de tels contournements de l'esprit de la loi. Dans tous les cas, il est également remarqué la forte présomption que le second médecin, surtout s'il n'est pas spécialiste, n'ose s'opposer à l'avis de son confrère sur l'intérêt d'une hospitalisation, risquant de voir sa responsabilité engagée s'il refuse sa confirmation et qu'il arrive par la suite malheur au malade non hospitalisé.

Au vu de la réalité de l'application de cette disposition et notamment de l'utilisation outrancière, parallèlement à la pratique de dévoiement décrite précédemment, de la procédure dite « d'urgence »²¹⁵² et qui permet donc de ne fournir qu'un seul certificat au lieu des deux requis, le projet de loi de mai 2010 proposait initialement un retour au système du certificat initial unique pour les demandes de soins par un tiers. Le Gouvernement affirmait compenser la garantie théorique du double certificat par la nouvelle architecture de prise en charge, débutant par une période de soixante-douze heures d'observation et se clôturant par l'émission d'un nouveau

²¹⁴⁸ Alinéa 5 de l'article L. 3212-1 CSP

²¹⁴⁹ Alinéa 5 de l'article L. 3212-1 CSP

²¹⁵⁰ Arrêt CAA Marseille, 7/7/2008, « *Mme S.* », req. n°07MA00708, *AJDA*, 2008, pp. 2226 et s. avec concl. E. PAIX

²¹⁵¹ A ce propos, cf. notamment M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *AJDA*, 1990, p. 879

²¹⁵² Voir chiffres dans l'étude d'impact (Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 11). Cette étude constate qu'elle est devenue, à ses dires, la procédure usuelle.

certificat médical, après celui des vingt-quatre heures. La décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010 rendue suite à la QPC concernant les modalités de l'hospitalisation sur demande d'un tiers²¹⁵³ a pourtant amené le Gouvernement à revenir à l'ancien arsenal de garanties, soit l'obligation, par principe, des deux certificats d'admission : la lettre rectificative au projet de loi datée du 26 janvier 2011 déduit du 18e considérant de la réponse du Conseil que la validation de la procédure d'admission en HDT tient à l'existence de toutes les garanties imposées par la loi de 1990 et que le retrait de l'une de ces garanties remettrait vraisemblablement en cause le sens de la position du censeur constitutionnel²¹⁵⁴. En conséquence, la logique s'est retournée, passant de la simplification par la restriction du nombre de certificats à une surenchère par rapport à ce qui existe dans le système actuel : ce sont quatre certificats qui devront être établis en soixante-douze heures et non trois.

Le second remaniement proposé, dans le même élan de simplification initial, par le projet de mai 2010 connaît la même destinée, pour le même motif : la volonté, suite à la décision du Conseil constitutionnel, de maintien de tout l'arsenal de garanties indissociables les unes des autres, a amené le gouvernement à laisser également de côté cette proposition de changement. Néanmoins, il est intéressant d'évoquer la proposition de modification déjà obsolète, afin de souligner l'ampleur du basculement que veut opérer ce projet de loi : il concerne potentiellement tous les points de la procédure et non la seule architecture générale dissociant le soin de l'hospitalisation. Ainsi, le projet de loi abandonnait l'exigence d'externalité par rapport à l'établissement d'accueil du médecin auteur du premier certificat ; ce certificat aurait donc pu être l'oeuvre d'un psychiatre appartenant à l'établissement dans lequel est conduit le patient. La diversité des avis médicaux était mise à mal, le nombre d'auteurs nécessairement différents régressant de trois à deux ; le projet de loi exigeait en effet tout de même des auteurs différents pour le certificat des vingt-quatre et des soixante douze heures²¹⁵⁵... mais qui pouvaient tous deux appartenir à l'établissement d'accueil, ce qui pouvait ôter une certaine fraîcheur du regard porté sur le patient par le second certificateur, puisque celui-ci aurait été, souvent, un collègue direct du premier. On perçoit, dans ces dispositions le déplacement des craintes et des priorités, un déplacement qui demeure confirmé, en arrière-fond de la réforme en cours, même si les dispositions ici évoquées, qui en étaient particulièrement représentatives, sont évincées : ce n'est plus la collusion entre médecins et la séquestration médicale qui inquiète, mais la difficulté d'accès aux soins. On préfère donc le pragmatisme efficace de la certification « uni-site » à la vision théorique, plus utopique que réalisée, de la multiplicité de regards indépendants. Ce n'est que le sursaut objectif du juriste qui oblige à ce retour aux garanties minimales contre le risque d'enfermement abusif.

Seule la procédure engagée « en cas de péril imminent » et défaut de tiers imposait encore que le premier certificat émane d'un médecin extérieur à l'établissement de santé d'accueil. Cette disposition restant pour sa part inchangée, cela amènera également le patient à être vu par trois médecins certificateurs différents dans le délai de soixante-douze heures²¹⁵⁶.

L'admission de toute personne hospitalisée sur demande d'un tiers, sanctionnée par l'établissement d'un bulletin d'entrée récapitulant la liste des pièces effectivement produites, devant être effectuée par le directeur de l'établissement et sous sa responsabilité, ce dernier se doit de vérifier en amont que les demandes respectent les conditions et exigences posées par les articles

²¹⁵³ Décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », [en ligne], préc.

²¹⁵⁴ Cf. l'« exposé des motifs » de la lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011 au projet de loi n°2494 [du 5 mai 2010] relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, [en ligne], site de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl3116.pdf> pp. 3-4, consultée le 23/04/2011, et cf. Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., pp. 42-43

²¹⁵⁵ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., pp. 43-44 et projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc.

²¹⁵⁶ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc. p. 10 et article 1er, point 13, p. 24. On notera que la lettre rectificative, par excès de zèle, redonde en ce sens en précisant à nouveau cette impossibilité, pour les personnes hospitalisées dans le cadre de la procédure de « péril imminent », que les deux certificats de vingt-quatre et soixante-douze heures émanent du même praticien. (cf. lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 10)

L. 3212-1 ou L. 3212-3 du code de la santé publique. Pour davantage de clarté, le projet de loi de mai 2010 tient à poser de manière expresse cette identification du directeur de l'établissement d'accueil en tant qu'auteur des décisions d'admission, de maintien de la mesure de soin sous contrainte, de même que de celles de transformation des modalités ou de levée de la mesure²¹⁵⁷.

Dans le cadre de cette fonction, il s'assurera notamment de l'identité de la personne reçue en hospitalisation ainsi que de celle du demandeur et vérifiera la réalité des relations entre elles, le cas échéant leur lien de parenté²¹⁵⁸. Ceci dit, dès lors que toutes les pièces sont présentes, le directeur a un pouvoir lié quant au prononcé de l'admission de la personne au titre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers. Si cette décision d'admission n'a pas à être motivée²¹⁵⁹, elle doit par contre être notifiée à la personne hospitalisée sous contrainte, ne serait-ce que dans le cadre de son droit à connaître sa situation juridique issu de l'article L. 3211-3 CSP, sans compter qu'au titre de l'article 8 de la loi du 17 juillet 1978²¹⁶⁰, concernant les décisions individuelles prises par l'Etat, un organisme ou une personne publiques, seules celles notifiées à l'intéressé lui sont opposables. La notification est également un acte fondamental pour les calculs du terme des délais de recours ouverts à la personne enfermée. Cette formalité n'est donc pas à négliger eu égard à ses conséquences potentielles pour l'établissement de soins.

L'inscription obligatoire, et placée sous la responsabilité du directeur de l'établissement d'accueil, de toute hospitalisation sous contrainte, donc en l'occurrence des HDT, sur un des deux registres imposés par la loi²¹⁶¹ dans les vingt-quatre heures de l'admission de la personne est maintenue pour permettre un contrôle de l'absence d'arbitraire des hospitalisations : elle oblige en effet à la vérification de la présence de toutes les pièces justifiant de la légalité de l'hospitalisation, cette inscription ne pouvant être effectuée que sous condition de l'existence de tous ces documents. Il s'agit d'une véritable garantie au long cours, pour tout le temps de l'hospitalisation, de la légalité toujours réaffirmée de la mesure individuelle d'hospitalisation sous contrainte dans la mesure où doivent être « *transcrits* », au fil du temps les certificats médicaux justifiant le maintien ou la cessation de la mesure d'hospitalisation ainsi que de toute modification dans les modalités de traitement, jusqu'à la décision de levée de la mesure.

◇ b) *Les garanties entourant la procédure d'hospitalisation d'office et leurs critiques*

Quant à l'hospitalisation d'office, l'admission dans un établissement habilité à recevoir des personnes hospitalisées sous contrainte, et choisi à chaque fois par le préfet, est automatique à partir du moment où l'arrêté préfectoral est présenté au directeur de l'établissement. Mais les garanties se posent au niveau de cet arrêté qui se doit d'être motivé et « [...] [d']énoncé[r] avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire »²¹⁶². Un défaut de motivation

²¹⁵⁷ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., article 2, points 4 (p. 22), 20, 21, 23 (p. 24), 32 et 33 (p. 25), 43 et 46 (p. 27) (sur les articles L. 3212-1, L. 3212-4, L. 3212-7, L. 3212-9)

²¹⁵⁸ Article L. 3212-2 CSP

²¹⁵⁹ Le Conseil d'Etat considère en effet qu'« [...] elle n'a pas à être formalisée par écrit et, par suite, à être motivée » (arrêt CE, 26/7/1996, « *CHS Sainte-Marie de Cayssols* », req. n°158029, *Droit Administratif*, 1996, p. 32, n° 545, comm. Cl. ESPER). Comme le fait remarquer Claudine ESPER dans son commentaire, il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une décision forcément défavorable à la personne hospitalisée dans la mesure où elle est prise dans son intérêt, même si l'appréciation de cet intérêt diverge entre ce qu'en jugent la personne elle-même d'un côté et les médecins comme le demandeur de l'autre, ni d'une décision de police puisque le but recherché n'est pas le maintien de la sécurité et de l'ordre publics. Cette jurisprudence est toujours d'actualité : cf. par exemple CAA Versailles, 26/5/2009, « *Monsieur Jean-François X.* », req. n°07VE00007, [en ligne], Légifrance

²¹⁶⁰ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal »

²¹⁶¹ Article L. 3212-11 CSP et alinéa 3 de l'article L. 3213-1 CSP

²¹⁶² Alinéa 1er de l'article L. 3213-1 CSP. A côté de la formalisation de cette obligation dans la législation psychiatrique, la loi du 11 juillet 1979 exigeant que les décisions administratives défavorables, et notamment celles « [...] qui restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police [...] » soient motivées s'applique également. Le double visa de l'article L. 3213-1 CSP et de la loi de 1979 figure en général dans les arrêts émanant du juge administratif et portant sur la légalité de l'arrêté préfectoral (par exemple arrêts CE, 9/11/2001, « *DESLANDES* », req. n° 235247, *LPA*, 3/4/2002, n°67, pp. 13-18, concl. S. BOISSARD ; CAA Bordeaux, 26/12/2006, « *M. BENAZET* », req. n° 04BX01853, [en ligne], Légifrance) et surtout, la loi permet de pallier l'absence explicite du rappel de l'exigence de motivation pour les arrêtés de maintien d'hospitalisation de l'article L. 3213-4 CSP.

est ainsi susceptible d'emporter l'annulation de la décision d'hospitalisation d'office, le Conseil d'Etat et les juridictions administratives se montrant en outre de plus en plus exigeants sur la qualité de ces motivations. Ne sont dès lors plus acceptées les motivations par formules-types pré-imprimées si elles ne sont pas accompagnées d'une preuve que l'auteur de l'arrêté a bien assis sa décision sur des motifs médicaux, notamment en démontrant qu'il a bien pris connaissance du certificat médical requis par l'article L. 3213-1 ou de l'avis médical motivé de l'article L. 3213-4 CSP²¹⁶³. Plus généralement, il est impératif que le préfet se réapproprie le contenu du certificat médical en guise de motivation, généralement en reproduisant dans son arrêté les formulations dudit certificat, qui doit en outre être annexé à la décision d'hospitalisation ou de maintien de l'hospitalisation²¹⁶⁴. Dans tous les cas, le lien doit être fait entre l'état pathologique constaté de la personne et la mesure de protection de l'ordre public que le préfet a la compétence de prendre²¹⁶⁵. Il est vrai que le travail de l'autorité administrative est heureusement facilité par l'exigence de l'article L. 3213-1 CSP que le certificat soit circonstancié et par la demande d'un « *avis motivé du psychiatre* »²¹⁶⁶ et non d'un simple certificat médical pour les décisions de maintien de la mesure d'hospitalisation d'office.

²¹⁶³ Arrêts CAA Marseille, 6/7/2000, « *Monsieur et Madame SIBONI* », req. n° 99MA05523 et 99MA05524, *AJDA* 2000, pp. 958-959 (et pp. 897-898 pour le commentaire de L. BENOIT) à propos du manque de précision de la motivation ; CE, 12/10/2005, « *Melle A* », req. n°270046, [en ligne], Légifrance

²¹⁶⁴ CE, 9/11/2001, « *DESLANDES* », req. n° 235247, préc. ; CE, 12/10/2005, « *Melle A* », req. n°270046, préc.. Un approfondissement de la jurisprudence antérieure « *M. E.A.* » [= « *M. Eric ASSAD* »] (CE, 28/7/2000, *RFDA*, 2001, pp. 1239-1249, concl. S. BOISSARD) nous apparaît avec l'arrêt « *DESLANDES* », dans la mesure où cette décision « *DESLANDES* » semble imposer désormais une obligation d'annexion du certificat médical à l'arrêté prononçant ou reconduisant l'hospitalisation d'office, là où la Haute juridiction acceptait antérieurement l'absence du certificat lui-même en pièce jointe dès lors que l'arrêté se réappropriait les considérations de faits précises (description de l'état mental de l'intéressé, son comportement, justifiant la mesure) - cette absence de certificat était même requise au nom du secret médical, et si à partir de l'arrêt « *M. Eric ASSAD* », considéré comme un revirement de jurisprudence sur ce point (cf. état du droit antérieur : CE, 3/3/1995, « *M. R.C.* », req. n° 127124, [en ligne], Légifrance ; CE, 3/3/1995, « *Madame R. M.L.* », req. n°120980, [en ligne], Légifrance ; CE, 3/3/1995, « *Ministre de l'Intérieur c/ F.D.* », req. n° 112856, *Rec. Lebon*, 1995, pp. 119-120), une première atteinte à ce secret est portée par cette mention de faits précis, elle est défendue comme un juste équilibre, proportionné à la protection de tous les intérêts en présence précisément en expliquant que l'on n'impose néanmoins pas l'annexion *in extenso* du certificat (cf. notamment conclusions Sophie BOISSARD sur « *M. Eric ASSAD* », préc., p. 1244) -. Aucune décision du Conseil d'Etat n'est venue confirmer ou infirmer cette analyse, (on peut pointer simplement un maintien du connecteur logique cumulatif « et » entre les deux exigences susmentionnées, dans sa décision du 12/10/2005, « *Melle A* », req. n°270046, préc.) et on notera par contre qu'un certain nombre de Cours administratives d'appel continuent d'appliquer l'ancienne doctrine, à savoir l'alternative entre l'annexion du certificat ou l'appropriation, par l'arrêté, de la conjonction des circonstances de fait et de droit motivant le certificat médical (cf. par exemple CAA Bordeaux, 22/6/2010, « *Madame Marie-Thérèse X* », req. n°09BX02335, [en ligne], Légifrance).

²¹⁶⁵ Il est en effet demandé au préfet de mentionner dans sa décision « [...] *les éléments de droit et de fait qui justifient [sa] mesure [...]* » (expression classiquement utilisée par le juge administratif dans ses décisions sur ce type d'affaire. Pour exemple, arrêts CE, 19/7/1991, « *Melle Marthe BOYER-MANET* », req. n° 95915, [en ligne], Légifrance ; CE, 11/6/2003, « *Monsieur Michel POUZIN* », req. n°249086, [en ligne], Légifrance ou CE, 9/11/2001, « *DESLANDES* », préc.). On peut relever également que l'administration centrale a rappelé cet état du droit tel qu'issu des textes et de la jurisprudence dans une circulaire DGS/SD 6 C n° 2001-603 du 10 décembre 2001, demandant consécutivement aux préfets de prendre leurs dispositions pour respecter ces exigences. Par contre, le juge vérifie la pertinence de ce motif médical : il faut que la motivation s'appuie sur une description précise de l'état mental de l'intéressé (dans l'état jurisprudentiel antérieur à l'arrêt « *M. Eric ASSAD* », c'était le certificat médical auquel l'arrêté d'hospitalisation se référait qui devait être précis à ce niveau : arrêt CE, 31/3/1989, « *Ministre de l'Intérieur c/ LAMBERT* », req. n° 69.547 et 71.747, *Rec. Lebon*, 1989, pp. 110-112 ; *AJDA* 1989, pp. 310-312, chron. E. HONORAT et E. BAPTISTE) puis trois décisions rendues le même jour, avec des conclusions différentes suivant la situation des intéressés mais un raisonnement commun de la part du juge : CE, 3/3/1995, « *M. R.C.* », req. n° 127124, préc. ; « *Mme R. M.L.* », req. n°120980, préc. ; CE, 3/3/1995, « *Ministre de l'Intérieur c/ F.D.* », req. n° 112856, préc. ; désormais, c'est l'arrêté même du préfet qui doit satisfaire cette exigence : « *M. Eric ASSAD* », préc.), ne laissant pas place à l'arbitraire. De même, la Cour d'Appel de Bordeaux a t-elle considéré comme « [...] *insuffisamment motivé [...]* » l'arrêté préfectoral de prolongation de l'hospitalisation d'office de Monsieur BENAZET, ce dernier se bornant « [...] à viser l'avis du médecin psychiatre sans l'avoir joint [...] » et à indiquer l'évolution de l'intégration du patient au sein de l'unité fonctionnelle d'hospitalisation, une considération jugée sans valeur médicale par la Cour qui déclare dès lors que l'arrêté « [...] *ne se fonde sur aucun motif médical [...]* » et prononce son annulation. (CAA Bordeaux, 26/12/2006, « *M. BENAZET* », req. n° 04BX01853, préc.)

²¹⁶⁶ Alinéa 1er de l'article L. 3213-4 CSP

Le droit administratif, au titre de la loi du 17 juillet 1978 déjà²¹⁶⁷, impose également que cette décision soit notifiée à la personne placée en HO, ce qui lui permet de connaître les motifs de son hospitalisation forcée. La matière psychiatrique et ses particularités prétextées par la prise en compte du patient et des conséquences que toute information peut avoir sur lui peuvent amener, cependant, des réticences face à cette obligation de notification. Le droit administratif reste pourtant intransigeant à l'égard de cette obligation matérielle, alors même qu'elle n'a pas d'impact fondamental pour la liberté du patient : le juge s'est toujours refusé à reconnaître une incidence de ce défaut de notification sur la légalité de la décision d'hospitalisation. Cette attitude du juge retire donc une incitation impérative à l'autorité administrative pour s'acquitter de cette obligation : de toutes les façons, la décision ne pourra pas être annulée sur ce fondement. Tout au plus, première conséquence, le délai de forclusion pour une contestation de la décision continuera indéfiniment à courir tant que notification ne sera pas faite, et, seconde conséquence, le patient peut demander des dommages et intérêts devant le juge judiciaire²¹⁶⁸. Une autre question se pose particulièrement en psychiatrie : même dans le cas où notification a bien été faite au patient, à partir de quand doit-on considérer que le délai court, seule une notification faite à une personne en état de comprendre le document présenté et ses enjeux pouvant engager ce délai ?

Une telle faiblesse de conséquences, qui laisse, dès lors, grande ouverte la possibilité de violer l'obligation de notification, peut paraître critiquable dans la mesure où la notification permet à la personne de connaître sa situation et, ainsi, de pouvoir faire valoir ses droits. Thibault GONGGRYP met directement en relation cette « doctrine » française avec la position peu reluisante de la France en tant que « *pays signataire [...] le plus souvent sanctionné en matière d'internement* »²¹⁶⁹, sachant que, de notoriété générale, la jurisprudence européenne pose l'obligation d'information du patient de ses motifs d'internement.

Obligations de motivation et de notification participent d'ailleurs également à l'application du droit d'être informé de sa situation juridique reconnu aux personnes hospitalisées sous contrainte par l'article L. 3211-3 CSP.

C'est donc le préfet qui reste l'autorité détentrice de ce pouvoir d'internement d'office d'une personne, à l'exception des cas de « [...] *danger imminent pour la sûreté des personnes* [...] », situation normalement d'exception dans lesquelles le maire, ou à Paris les commissaires de police, peuvent prendre « [...] *toutes les mesures provisoires nécessaires* [...] » mais à condition d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet « [...] *qui statue sans délai* [...] » et décide de prononcer l'arrêté d'hospitalisation d'office dans les formes classiques ci-dessus exposées ou de laisser la mesure exceptionnelle devenir caduque, ce qui se produira au terme de quarante-huit heures²¹⁷⁰.

La mesure est désormais également subordonnée à la présentation d'un certificat médical²¹⁷¹,

²¹⁶⁷ Article 8 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal » modifiée par l'ordonnance 2005-650 du 6 juin 2005

²¹⁶⁸ Cf. arrêt CE, 28/7/2000, « *M. Eric ASSAD* », et les développements de Sophie BOISSARD sur ce sujet (*op. cit.*, 2001, p. 1245). Concernant les conséquences sur la légalité de l'arrêté ordonnant l'hospitalisation d'office d'un défaut de notification, la Cour administrative d'appel de Paris a pourtant rendu un arrêt en sens contraire (CAA Paris, 25/5/1999, « *GAUDEL* », req. n°96PA02212, [en ligne], Légifrance), mais cette solution est contestée par Sophie BOISSARD au nom d'un désintérêt pratique de cette position (cf. ses conclusions sur « *M. Eric ASSAD* », *op. cit.*, 2001, pp. 1244-1245). Cette solution quant à la notification de l'arrêté ordonnant l'hospitalisation d'office demeure donc la ligne de conduite jurisprudentielle actuelle (cf. par exemple CE, 1/4/2005, « *Madame Sylviane LAPORTE* », req. n°264627, préc., *Rec. Lebon*, 2005, pp. 134-136, *AJDA* du 13/6/2005, p. 1231 ou CAA Nancy, 21/6/2010, « *Melle A* », req. n°09NC00127, préc. ; CAA Bordeaux, 22/6/2010, « *Madame Marie-Thérèse X.* », req. n° 09BX02335, préc.)

²¹⁶⁹ Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, *op. cit.*, 2007, p. 347

²¹⁷⁰ Article L. 3213-2 CSP

²¹⁷¹ Sauf cas très exceptionnel de danger imminent où le maire ou un commissaire de police à Paris peuvent effectivement passer outre l'avis médical qui leur est normalement également imposé pour décider d'une mesure provisoire d'hospitalisation, pour s'appuyer sur « [...] *la notoriété publique* [...] » (article L. 3213-2 CSP). Il est

devant servir de fondement pour l'arrêté préfectoral d'hospitalisation. La loi de 1990 entérine ainsi une pratique en réalité déjà instituée, mais non présente dans le texte de 1838 : le préfet ne peut plus faire interner sans preuve médicale de l'état de la personne, sachant que le même laxisme que pour la procédure de HDT est laissé sur la qualité du médecin, qui n'est pas tenu d'être psychiatre. Par contre, le même avantage est laissé au préfet par rapport au tiers que dans la loi de 1838, le premier ²¹⁷²n'ayant besoin que d'un certificat médical là où le second doit en présenter deux pour faire hospitaliser la personne. Enfin, garantie à l'intérieur de la garantie, et comme pour le premier certificat d'admission en HDT, le médecin certificateur ne peut pas être un psychiatre exerçant dans l'établissement d'accueil.

Dans une décision de juin 2010²¹⁷³, le Conseil d'Etat vient pourtant d'affirmer au contraire, que le rédacteur de ce certificat peut être un médecin appartenant à l'établissement d'accueil mais non psychiatre. On imagine les situations auxquelles cette position jurisprudentielle faisait référence : le cas des services d'urgence dans les CHU dotés d'un service de psychiatrie habilité à recevoir des personnes hospitalisées sous contrainte, cas pour lesquels l'exigence d'externalité compliquait la procédure d'admission, de manière considérée souvent inutile par les médecins. Mais n'est-ce pas là oublier le fond du droit pour la pratique ? Une telle décision peut même paraître assez irrationnelle, car elle amène finalement à cumuler les deux facteurs de risques consubstantiels au certificateur par rapport à son pouvoir et au bien-fondé de sa décision d'internement : l'absence de spécialité du médecin en psychiatrie et son appartenance à l'établissement d'accueil.

S'affrontent ici deux positionnements idéologiques. En premier lieu, celui plus juridique et théorique gardant en souvenir d'abord la signification de la protection des libertés par le droit, ensuite le risque d'accord tacite entre établissement habilité et autorité administrative garante de la sécurité publique et enfin l'importance de l'apparence dans la manière d'appliquer le droit. De manière moins polémique, cette exigence permettait aussi une diversification minimale obligatoire de l'appréciation portée sur le cas du patient susceptible de faire l'objet d'une HO.

En second lieu, face à ce premier positionnement, l'attitude très pragmatique du praticien, constatant que les services d'urgence sont la principale porte d'entrée des personnes hospitalisées sous contrainte dans les services de psychiatrie, et ne percevant pas, dans la routine quotidienne, la protection des droits de ces patients que cette exigence d'externalité peut apporter.

Restait une garantie sur laquelle la Haute juridiction n'est pas revenue dans cet arrêt : la rédaction du certificat d'admission par un psychiatre de l'établissement même où allait être hospitalisé le malade. Et pour cause : le point étant formellement interdit par la loi, le Conseil d'Etat, malgré toute sa vertu interprétative ne pouvait cette fois contourner cette interdiction. En fait, l'arrêt de la Haute assemblée prenait place dans un mouvement de déconstruction complète de cette protection, dont la portée véritable était déjà inscrite dans le projet de loi présenté à l'Assemblée nationale un mois avant cette décision : ce projet proposait l'abandon de l'exigence d'externalité à l'établissement d'accueil pour le premier médecin certificateur ²¹⁷⁴.

La réponse du 26 novembre 2010 du Conseil Constitutionnel à la QPC sur l'hospitalisation à la demande d'un tiers est pourtant venue changer la donne. Le Gouvernement considérant que « [b]ien que la décision du Conseil constitutionnel ne porte que sur les hospitalisations à la demande d'un tiers, la portée des principes dégagés [...] dépasse le cadre de cette seule procédure [et qu'] [i]ls doivent donc être également mis en oeuvre s'agissant des hospitalisations décidées par

d'ailleurs à noter que la jurisprudence semble sévère sur l'appréciation du danger et de son urgence justifiant cet affranchissement d'avis médical. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu annuler un arrêté d'hospitalisation pris par un maire au prétexte que la décision « [...] ne précis[ait] pas les éléments de fait qui justifient cette mesure provisoire [...] » et que, alors qu'il y avait eu certificat médical, la décision municipale ne s'appropriait pas son contenu (arrêt CE, 12/10/2005, « Melle A », req.n° 270046, préc.). On voit donc que maires et commissaires de police à Paris sont également tenus à l'obligation de motivation de leur décision et que le juge contrôlera, en cas d'absence d'avis médical de référence, si l'urgence et le danger encouru étaient suffisamment imminents pour justifier cette absence.

²¹⁷² Cf. lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 10

²¹⁷³ Arrêt CE, 9/6/2010, « Monsieur Pierre L. », req. n°321506, [en ligne], Légifrance, sera publié au *Recueil Lebon* 2010 ; *AJDA*, 2010, n°21/2010, p. 1175, note S. BRONDEL

²¹⁷⁴ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 29, point n°7 et étude d'impact de ce projet, préc., p. 43

l'autorité publique. »²¹⁷⁵, est revenu sur la régression de garantie portée par la disposition ici contestée du projet de loi et a réintégré l'exigence d'externalité en tout cas pour les psychiatres certificateurs²¹⁷⁶. Reste à voir quel sera l'avenir de la jurisprudence du 9 juin 2010 et si ces divers revirements ouvrent la voie à une appréciation différente de l'obligation d'externalité selon que le médecin est ou non psychiatre.

La même obligation d'inscription sur un « registre de la Loi » réservé aux personnes hospitalisées d'office est maintenue²¹⁷⁷, déjà existante dans la loi de 1838. Des obligations de transcription de tous les actes scandant la mesure d'hospitalisation reproduisent les prescriptions concernant le registre des personnes hospitalisées sur demande d'un tiers.

Ceci dit, au-delà de toutes ces formalités renforcées par rapport à la loi de 1838 concernant le placement d'office, une mesure de précaution manque selon un certain nombre d'auteurs : l'absence d'obligation, pour l'autorité décidant du placement, d'entendre la personne²¹⁷⁸. Point crucial laissant en réalité poindre une critique du système administratif de la procédure et de l'éviction d'une procédure judiciaire d'internement, cette absence est caractéristique effectivement de l'esprit de la mesure d'HO telle que posée par la loi : il s'agit moins de s'intéresser à la personne qu'à la sécurité publique et donc à évincer le perturbateur, charge étant laissée aux médecins d'évaluer la dimension sanitaire de la mesure. Donc, il est même de l'ordre de l'euphémisme de parler d'absence d'obligation là où il ne viendrait pas à l'idée d'un représentant de l'Etat d'effectuer cette audition du malade. Il faut pourtant noter une indication de revirement de jurisprudence sur ce point : la Cour administrative d'appel de Lyon a annulé, dans un arrêt du 9 juillet 2009, l'arrêté préfectoral d'hospitalisation d'office en cause au motif qu'il avait été pris sans que l'intéressé ait été mis à même de présenter ses observations alors que cela est requis par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 applicable à ces situations, et « [...] *alors qu'il n'est pas allégué que [l'] état de santé [de Monsieur X.] aurait rendu cette formalité impossible et qu'il ressort des pièces du dossier qu'il n'y avait en l'espèce ni urgence, ni circonstances exceptionnelles [...]* »²¹⁷⁹. Or le Conseil d'Etat semble avancer également dans cette ligne : dans un arrêt du 30 décembre 2009, il censure, pour erreur de droit, la décision de la Cour d'appel de Versailles en ce qu'elle refusait, en raison de leur objet même, l'application de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 dans le cadre des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 CSP²¹⁸⁰. Cette position est ensuite maintenue : ainsi, dans son arrêt du 1er avril 2010, « *M. Charles SARABIA* », il accepte de contrôler l'arrêté au regard de ces mêmes exigences de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000, même si en l'espèce c'est pour déclarer cette décision préfectorale légale eu égard « [...] *aux circonstances dans lesquelles l'arrêté [...] a été pris [...]* ». C'est donc bien qu'il reconnaît le moyen comme opérant²¹⁸¹.

Dans le cadre des soins sans consentement tels que proposé par le projet de loi du 5 mai 2010, la prise en charge sous contrainte ordonnée par le préfet débute nécessairement par une hospitalisation complète (la période de soixante-douze heures d'observation) et ne peut prendre une autre modalité que sur autorisation préfectorale suite à une proposition faite en ce sens par le psychiatre traitant. Non seulement le préfet doit ainsi accepter ou non la proposition de changement de la modalité de soin, mais il doit, dans l'affirmative, en outre, fixer lui-même les modalités de la prise en charge à venir. Dans l'attente de cet arrêté, le patient est maintenu en hospitalisation complète²¹⁸². Par la suite, toute proposition de révision ou adaptation des modalités de soins à l'évolution de l'état du patient est subordonnée à décision favorable de l'autorité préfectorale « [...]

²¹⁷⁵ Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., pp. 3-4

²¹⁷⁶ Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 10 et explication dans l'exposé des motifs, p. 4

²¹⁷⁷ Alinéa 3 de l'article L. 3213-1 CSP

²¹⁷⁸ Cf. notamment M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 880

²¹⁷⁹ CAA Lyon, 9/7/2009, « *Monsieur André X.* », req. n°07LY02624, Tables, *Rec. Lebon*, 2009

²¹⁸⁰ CE, 30/12/2009, « *Madame Catherine A.* », req. n° 330266, [en ligne], Légifrance suite à l'arrêt CAA Versailles, 18/11/2008, « *Madame Catherine A.* », req. n°07VE00323, [en ligne] Légifrance

²¹⁸¹ CE, 1/4/2010, « *M. Charles SARABIA* », req. n°335753, *LPA*, 29/7/2010, n°150, pp. 15 et s., note R. BONNEFONT

²¹⁸² Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., « Exposé des motifs », p. 11, et article 3, point 16 (sur l'article L. 3213-1)

lorsqu'il y a passage d'une hospitalisation complète à une autre prise en charge »²¹⁸³. De toute évidence, la même contrainte n'est pas imposée en sens inverse, soit lors d'un retour à l'hospitalisation complète ; de même, le projet de loi semble partir du principe que toutes les modalités de soins autres que l'hospitalisation, plus libérales, présentent des caractères semblables en matière de liberté de l'individu et sécurité des tiers et qu'une fois que l'autorisation du préfet est donnée pour une, il n'est pas utile de la renouveler pour le passage à une autre. Psychiatre et patient auraient obtenu blanc-seing pour régler dans une perspective plus fine et purement thérapeutique ces modalités²¹⁸⁴.

Il faut revenir, pour terminer, sur le constat que l'utilisation de la procédure d'urgence tend à augmenter voire à carrément se banaliser, en ce qui concerne l'hospitalisation d'office, au détriment de la procédure normale. Si pour ce dernier mode d'hospitalisation, ce dévoiement n'a que peu de réelles implications pratiques, le maire prenant généralement malgré tout les mesures provisoires au vu d'un certificat médical, les conséquences seraient davantage marquées concernant l'hospitalisation sur demande d'un tiers, où elle permet de se dispenser du premier certificat médical, -qui doit, rappelons-le, nécessairement émaner d'un médecin extérieur à l'établissement d'accueil-, pour faire admettre la personne²¹⁸⁵. Ce constat rejoint la critique portée par une partie du corps médical et rapportée précédemment à propos de l'inutilité de l'exigence d'un second certificat d'admission et explique la position adoptée par le projet de loi de mai 2010.

§ 2. Des contrôles de diverses natures

Comme dans la loi de 1838, un certain nombre de contrôles médicaux (b), administratifs et judiciaires (a) viennent renforcer ces premières garanties, qui sont similaires, à quelques détails près, entre les deux modes d'hospitalisation sous contrainte.

◇ a) Les contrôles administratifs et judiciaires

En premier lieu, concernant spécifiquement l'HO, le préfet est tenu de se prononcer régulièrement pour maintenir la mesure d'hospitalisation²¹⁸⁶, sur avis motivé d'un psychiatre, une première fois au bout d'un mois d'hospitalisation pour une durée de trois mois puis, à l'échéance de ces trois mois, pour des durées de six mois, sachant que si la décision de prolongation n'est pas prise dans les délais, -soit dans les trois jours précédant l'expiration de la mesure d'hospitalisation-, sa levée est acquise de droit²¹⁸⁷. En pendant, pour les HDT, il faut noter que c'est le psychiatre de l'établissement d'accueil qui décide directement de la levée de la mesure d'hospitalisation. L'hospitalisation est donc maintenue de mois en mois au vu du certificat mensuel²¹⁸⁸.

En second lieu, concernant spécifiquement les HDT, l'hospitalisation pouvant être effectuée dans un établissement privé ne prenant pas part au service public hospitalier, -aujourd'hui « n'assurant pas, dans un cadre de mission de service public, la prise en charge des personnes hospitalisées sans consentement », le préfet doit désigner en ce cas deux psychiatres, dans les trois jours de la réception du bulletin d'entrée de la personne hospitalisée, pour visiter cette personne « [...] à l'effet de constater son état et d'en faire rapport sur-le-champ. ». Le contrôle de l'absence d'internement abusif et la suspicion de collusion entre médecins libéraux et demandeur de la mesure d'hospitalisation est ici évidente²¹⁸⁹. Le projet de loi du 5 mai 2010, arguant de l'évolution connue par le droit hospitalier avec la loi « HPST » propose d'abroger ce contrôle et de ne plus

²¹⁸³ *Idem* p. 12

²¹⁸⁴ *Idem* pp.11-12, et article 3 (sur l'article L. 3213-3)

²¹⁸⁵ Cf. J. COELHO, « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaider pour une réforme », *op. cit.*, 2006, p. 255

²¹⁸⁶ Alinéa 1er de l'article L. 3213-4 CSP

²¹⁸⁷ Alinéa 2 de l'article L. 3213-4 CSP. Mais ce délai marche à double sens : le Conseil d'Etat refuse en effet que la décision de maintien soit prise avant les derniers trois jours précédant l'expiration du délai antérieur (cf. CE, 30/12/2009, « *Madame Catherine A* », req. n° 330266, [en ligne], préc.). Il est vrai que ce vice de procédure n'entraîne pas, pour sa part, une mainlevée immédiate de la mesure, mais peut permettre l'annulation de la décision de maintien.

²¹⁸⁸ Alinéas 3 et 5 de l'article L. 3212-7 CSP

²¹⁸⁹ Article L. 3212-6 CSP

créer de différence de traitement entre les établissements selon leur nature administrative et leur activité.

Les autres contrôles concernent toutes les formes d'hospitalisation sous contrainte de manière uniforme : en premier lieu, les autorités administratives et judiciaires de contrôle que sont le préfet, la CDHP²¹⁹⁰, les procureurs de la République près le TGI du ressort duquel est situé le domicile de la personne hospitalisée et celui dans le ressort duquel est placé l'établissement d'accueil sont prévenues, selon les cas à la vingt-cinquième ou jusqu'à soixante-douze heures après l'admission²¹⁹¹ de toute HDT. Par la suite, ces mêmes autorités se voient adresser mensuellement le certificat amenant à proroger la mesure d'HDT²¹⁹². Il est à noter le retrait du maire de la liste des personnes informées, dans une perspective de protection de la vie privée du malade, dont l'hospitalisation, motivée par des problèmes le concernant spécifiquement, n'intéresse pas l'ordre public, contrairement à la HO. Quant aux HO, le préfet se charge directement, dans les vingt-quatre heures de l'hospitalisation, d'en informer le procureur, le maire du domicile et la famille du malade²¹⁹³. Par la suite, seuls lui-même et la CDHP sont destinataires des certificats médicaux mensuels²¹⁹⁴ mais par contre, il doit informer ces autres autorités et la famille de toutes les décisions de maintien de l'hospitalisation.

Accordant ces exigences d'information aux nouvelles conditions de soins sans consentement, le projet de loi de mai 2010 ne change ni l'identité des autorités informées ni les modalités d'information posées par le droit en vigueur, rajoutant néanmoins, pour les personnes placées sur demande d'un tiers ou « en cas de péril imminent » mention du tiers le cas échéant, et pour cause : cette information concernera, aussi bien dans le cas des personnes placées sur demande d'un tiers que pour celles placées sur demande de l'autorité publique, non seulement l'admission mais aussi le renouvellement de la mesure ainsi que des modalités de soins extrahospitaliers²¹⁹⁵.

Qu'il s'agisse de patients placés sur demande d'un tiers (y étant compris les personnes mises sous traitement par la procédure du « péril imminent ») ou sur demande de l'autorité publique, le Gouvernement tient en effet à inscrire dans la loi le rôle de suivi et de vigilance qu'adoptent en général les proches et la famille à l'égard du patient et à tenir compte de leur demande de reconnaissance de leur soutien actif de la personne malade ou handicapée psychiquement. L'une des requêtes de ces proches était donc qu'ils soient informés de la prise en charge décidée avec le patient afin d'accorder de manière encore plus efficace leur action généralement quotidienne auprès du patient. Ainsi que ces proches le font remarquer, ils sont en effet ceux qui connaissent le mieux le patient donc les plus réactifs pour anticiper une crise, donner des informations sur l'évolution du comportement de la personne, intervenir en cas de besoin. Face à certains soignants, d'une part imbus de leur savoir, rejetant la famille comme pathogène ou encore mettant en exergue leur secret médical protégeant, soi-disant, le patient, d'autre part en prise avec leurs contraintes logistiques, ces proches se voyaient injustement méprisés, sans aucun renvoi possible aux textes juridiques pour leur donner une légitimité qui ne leur est pas toujours reconnue dans les faits.

En outre, les autorités de contrôle que sont le préfet, le maire de la commune siège de l'établissement d'accueil, le président du TGI, le juge d'instance, le procureur de la République et la

²¹⁹⁰ Future CDSP si la proposition faite dans le projet de loi est retenue.

²¹⁹¹ Alinéa 2 de l'article L. 3212-4 (*via* le certificat des vingt-quatre heures, immédiatement transmis dès sa réception par le directeur de l'hôpital au préfet et à la CDHP) et article L. 3212-5 CSP (le préfet doit notifier les éléments d'identification de la personne hospitalisée sous HDT et du demandeur de la mesure aux procureurs de la République près le TGI du domicile de la personne hospitalisée et près le TGI dans le ressort duquel est situé l'établissement d'accueil, dans les trois jours de l'hospitalisation).

²¹⁹² Alinéa 4 de l'article L. 3212-7 CSP

²¹⁹³ Article L. 3213-9 CSP

²¹⁹⁴ Article L. 3213-3 CSP

²¹⁹⁵ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 45 ; Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 25, article 2, points 24 à 28, (quelques modifications sont opérées néanmoins, notamment sur l'identité de l'autorité transmettant l'information aux autorités judiciaires : il ne s'agirait plus de préfet mais du directeur de l'établissement de soins) et p. 33, article 3, points 44 à 52,

CDHP sont tenues de visiter régulièrement les établissements accueillant des personnes hospitalisées sous contrainte, ainsi que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 octobre 2007, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Au cours de ces déplacements, toutes ces autorités doivent prendre connaissance et contresigner les deux « registres de la Loi » recensant les personnes internées, le motif de leur placement et les justificatifs correspondant à leur mode d'hospitalisation et à la durée de leur hospitalisation alors atteinte. Elles peuvent y porter les remarques que leur auraient amenées des constatations faites au cours de leur visite. Ces déplacements leur permettent également de s'entretenir avec les personnes hospitalisées qui le souhaitent et de recevoir leurs plaintes ou réclamations, notamment concernant des allégations d'internements abusifs.

S'ajoute à cette liste de garanties la création, par la loi de 1990, de la Commission Départementales des Hospitalisations Psychiatriques (CDHP), qui est informée de toute hospitalisation sous contrainte²¹⁹⁶, de tout renouvellement et de toute levée des mesures et est tenue d'examiner la situation des personnes « [...] dont l'hospitalisation sur demande d'un tiers se prolonge au-delà de trois mois [...] », en sus de l'examen qu'elle peut effectuer, « [...] en tant que de besoin [...] »²¹⁹⁷, de la situation des autres personnes hospitalisées en psychiatrie, et alors même qu'elle est dotée d'une faculté de saisine directe du président du TGI du lieu de l'établissement d'accueil pour lui « [...] proposer [...] d'ordonner la sortie immédiate [...] »²¹⁹⁸ d'une personne retenue ou hospitalisée sans son consentement. Il apparaît cependant, à cette formulation, que le magistrat judiciaire n'est pas lié par la demande de la CDHP (ou éventuelle future CDSP proposée par le projet de loi de 2010).

Rappelons également qu'il est toujours possible²¹⁹⁹, en droit, pour la personne hospitalisée sous contrainte « [...] ou [pour] toute personne susceptible d'agir dans [son] intérêt [...] », notamment son conjoint ou un parent, de saisir le juge des libertés et de la détention²²⁰⁰ en référé par simple requête pour obtenir la sortie immédiate de la personne, ou de saisir la CDHP²²⁰¹ afin qu'elle fasse la même demande. En outre, le procureur de la République peut lui-même saisir le juge judiciaire dans ce but et le même juge peut, enfin, se saisir d'office aux mêmes fins²²⁰². Il statue alors après débat contradictoire et après avoir effectué « [...] les vérifications nécessaires [...] », - c'est-à-dire généralement après avoir missionné un expert pour examiner la personne hospitalisée concernée-. La loi de 1990 a ainsi tenu à étendre le cercle des demandeurs potentiels de cette sortie. Dans le cadre de cette requête, quelle que soit la personne ou l'autorité dont elle émane, le projet de loi du 5 mai 2010 instaure l'obligation pour le juge des libertés et de la détention (JLD), dans le cas

²¹⁹⁶ Elle reçoit notamment, de droit, le certificat des vingt-quatre heures de toutes les personnes placées sous HO dans les établissements situés dans leur département de compétence (alinéa 2 de l'article L. 3213-1 CSP).

²¹⁹⁷ 3° de l'article L. 3223-1 CSP

²¹⁹⁸ 7° de l'article L. 3223-1 CSP

²¹⁹⁹ Cf. par exemple, en illustration de la reconnaissance sans concession de cette possibilité de mainlevée pour une personne placée en HO dès lors que les raisons motivant l'arrêt d'HO ont disparu : arrêt CA Paris, 1ère chb. B, 17/6/2004, « Max VERMOTÉ c/ Préfecture des Hauts-de-Seine », req. n°04/06710, *JCP G*, 2004, II, 10139, note Th. FOSSIER. »

On notera par ailleurs que cette possibilité demeure valable même pour les « HO judiciaires ». Un décret n°2010-692 du 24 juin 2010 « précisant les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental » est venu clarifier la situation sur ce point, soulevé déjà devant les juridictions judiciaires (arrêt CA de Nouméa, 29/10/2009, « Ferdinand X », req. n°08/711, [en ligne], Légifrance), concernant la nouvelle procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale issue de la loi de 2008. Il répond, - par l'affirmative -, aux doutes sur la possibilité d'appel non-suspensif de ces mesures d'hospitalisation judiciaires, les replaçant dans leur contexte procédural de décision judiciaire ; il renvoie pour le reste, au régime classique de l'HO prononcée par le préfet signifiant une possibilité de saisine du JLD également. Cette approche serait d'ailleurs confirmée par le projet de loi du 5 mai 2010 qui propose, dans cette continuité, une procédure renforcée devant le JLD pour ces hospitalisés d'office judiciaire, ce qui signifie implicitement qu'ils pourraient effectivement bénéficier de la possibilité de saisine du JLD.

²²⁰⁰ Jusqu'à la réforme du 15 juin 2000 créant ce JLD, le président du TGI.

²²⁰¹ Il en sera a priori de même avec la future CDSP si elle est mise en place.

²²⁰² Article L. 3211-12 CSP

de personnes placées ou ayant déjà fait l'objet d'un placement en « HO judiciaire »²²⁰³ et de personnes ayant séjourné en UMD, de recueillir, d'une part l'avis d'un collège de soignants²²⁰⁴, d'autre part deux expertises psychiatriques établies par des psychiatres experts auprès des tribunaux avant de statuer²²⁰⁵. Il faut néanmoins relever les deux graves lacunes, dans la réalité, de cette procédure qui répondait mal aux attentes des requérants : l'absence d'audition du malade devant le juge et la longueur des délais que prenait celui-ci pour statuer. La France s'est fait condamner de nombreuses fois à ce dernier titre par la Cour Européenne de Strasbourg²²⁰⁶. Le décret du 20 mai 2010²²⁰⁷ vient de réformer l'état du droit, en imposant des délais stricts et courts²²⁰⁸ ainsi qu'une réelle efficacité de l'action judiciaire puisque sa décision est exécutoire dès son prononcé, même en cas d'appel²²⁰⁹. Le décret pose par ailleurs expressément une audition de la personne intéressée, sauf contre-indication eu égard à son état de santé²²¹⁰.

L'avancée la plus probante en matière de garantie est pourtant l'obligation, toute récemment proférée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant les procédures de HDT, que ces mesures d'hospitalisation complète contraintes soient contrôlées de manière systématique au moins dans un délai de quinze jours par une autorité judiciaire. Le gardien de la Constitution n'impose ainsi pas une réforme de l'admission, qu'il juge suffisamment sûre vu l'arsenal de garanties qui l'entoure, mais de la procédure de maintien de l'hospitalisation. Acte en a été pris immédiatement par le Gouvernement qui a introduit dans le nouveau projet de loi, par le biais d'une lettre rectificative en date du 26 janvier 2011, toute une procédure visant à organiser ce contrôle judiciaire systématique. Le Conseil constitutionnel a posé une borne temporelle pour la mise en place de ce type de contrôle ; le système doit être rendu effectif avant le 1er août 2011²²¹¹. C'est aussi la date reprise par le Gouvernement, qui en fait la date limite à laquelle la nouvelle loi sur les soins psychiatriques, réformant celle de 1990, devra entrer en vigueur²²¹².

Un dernier mécanisme de contrôle a été instauré par le projet de loi du 5 mai 2010 sous la forme d'un collège de soignants, composé de deux psychiatres, le premier étant le médecin traitant le patient intéressé durant sa prise en charge sans consentement et le second un collègue de l'établissement ne participant pas à la prise en charge de ce patient, et d'un cadre de santé, lui aussi appartenant à l'établissement²²¹³. Ce collège devra être consulté, premièrement, dans certaines situations par le JLD²²¹⁴, ainsi que, deuxièmement, lorsque les soins sans consentement durent depuis plus d'un an, afin d'effectuer une « [...] *évaluation approfondie* [...] » de l'état de la personne

²²⁰³ Article 706-135 CPP

²²⁰⁴ Collège décrit *infra*, créé par ce même projet de loi (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., article 1er, pp. 19-20 points 40 à 44)

²²⁰⁵ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 21-22, article 1er, points 66 à 69. Précision est donnée que si l'avis du collège et les deux expertises ne sont pas rendus dans les délais fixés par le juge, ce dernier peut statuer sans les attendre (Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 22, point 70)

²²⁰⁶ Entre autres, pour les plus récents, les arrêts Cour EDH, 18/6/2002, « *DELBEC c/ France* », req. n° 43125/98 ; 27/10/2005, « *MATHIEU c/ France* », req. n° 68673/01 ; 5/11/2002, « *Mme Monique LAIDIN c/France* », req. n° 43191/98 ; 7/3/2006, « *Madame Eliane VAN GLABEKE c/France* », req. n° 38287/02 ; 28/3/2006, « *GAULTIER c/ France* », req. n° 41522/98 ; 16/1/2007, « *MENVIELLE c/ France* », req. n° 97/03 ; 18/11/2010, « *Monsieur Claude BAUDOUIN c/ France* », req. n° 35935/03 (la condamnation porte sur des faits et procédures bien évidemment très antérieurs au décret du 20 mai, ce qui peut expliquer ce verdict de la Cour EDH malgré la réforme passée entre temps)

²²⁰⁷ Décret n° 2010-526 du 20 mai 2010 « relatif à la procédure de sortie immédiate des personnes hospitalisées sans leur consentement prévue à l'article L. 3211-12 du code de la santé publique »

²²⁰⁸ L'ordonnance doit être rendue dans un délai de douze à vingt-cinq jours selon qu'une expertise est ordonnée ou pas (nouvel article R. 3211-9 CSP)

²²⁰⁹ Nouvel article R. 3211-10 CSP

²²¹⁰ Nouvel article R. 3211-8 CSP

²²¹¹ Décision du Conseil constitutionnel n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Melle Danièle S.* », cons. 41

²²¹² Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 17

²²¹³ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 19-20, article 1er, points 40 à 44

²²¹⁴ Article L. 3211-12 CSP (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 21-22, article 1er, points 66 à 68)

et de garantir, vraisemblablement, la bonne adéquation des soins à la situation²²¹⁵, et, troisièmement, dans les cas de soins sans consentement demandés par le représentant de l'autorité publique (ex-HO), pour toute décision par le préfet d'une modalité de soin sans consentement autre que l'hospitalisation complète²²¹⁶ et enfin pour décider de la levée de la mesure des patients en HO judiciaire ou ayant effectué, au cours de la période de soins sans consentement, un séjour en UMD²²¹⁷. Contrairement aux autres mécanismes de contrôle, celui-ci oscille entre, d'une part, la lutte pure contre l'enfermement abusif et la défense de la liberté du patient telle qu'elle apparaît dans les autres mécanismes de contrôle, et, d'autre part, une tendance sécuritaire : on remarquera ainsi que le collège n'est consulté par le préfet que si la mesure de soin qu'il compte accepter diffère de celle la plus sécuritaire, celle de l'hospitalisation, et que par contre, pour accepter la modalité de l'hospitalisation, aucun avis préalable n'est requis²²¹⁸.

Pourtant, l'idée de créer une instance collégiale pour prendre les décisions cruciales pour les patients placées en soins sous contrainte, notamment l'entrée et la sortie, pouvait paraître, de manière théorique au moins, séduisante ; elle permettait de relativiser un regard univoque de la part d'un psychiatre dont on sait que, s'il suit le patient, il le voit peu, seulement au cours d'entretiens ponctuels. Faire entendre la voix infirmière, côtoyant le patient de manière continue d'une part, et un regard médical nouveau sur le cas pathologique d'autre part, pouvait sembler intéressant.

La proposition de composition du collège amène une première désillusion puisque la voix infirmière serait en réalité un cadre de santé qui éventuellement peut exercer dans un autre service et ainsi ne pas connaître le patient. Quant au regard neuf, on peut finalement rester perplexe : que dans des cas critiques, complexes ou apparaissant comme des impasses thérapeutiques pour le praticien, il puisse en discuter avec un confrère paraît souhaitable mais aussi courant, quoique dans une forme non instituée par la loi. Les réunions de service comme les discussions de cas informelles sont des pratiques ancrées dans le fonctionnement professionnel des psychiatres. Par contre, le psychiatre référent reste sans doute le plus à même, dans les cas généraux, pour mener la prise en charge thérapeutique de son patient²²¹⁹. Notons que les mêmes réunions de service permettent précisément, *a priori*, de faire le point sur les patient en rassemblant tous les acteurs de son soin, ce qui peut permettre au psychiatre référent de connaître ces avis pour prendre ses décisions. La seule anicroche à ce procédé peut être, effectivement, que rien ne l'oblige à entendre ces avis.

◇ **b) Les contrôles médicaux**

De manière plus prégnante car plus récurrente et non-aléatoire, le patient hospitalisé sous contrainte va faire l'objet d'examens psychiatriques visant à établir des certificats médicaux servant de justifications au maintien ou à la levée de la mesure d'hospitalisation. Qu'il s'agisse d'une personne hospitalisée d'office ou à la demande d'un tiers, un premier certificat, dit « des vingt-quatre heures » devra être établi dans les vingt-quatre heures suivant l'admission, qui est censé établir définitivement si l'admission est utile eu égard à l'évolution des troubles. Un certain nombre de psychiatres critiquent cependant ce temps trop court entre l'admission et ce contrôle, qui empêche un aperçu sérieux de la manière dont évoluent le patient et son mal. En conséquence, proposition avait été faite dès le rapport STROHL de 1997 et de manière récurrente depuis²²²⁰, de

²²¹⁵ Article L. 3212-7 CSP (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 26, article 2, point 34)

²²¹⁶ Articles L. 3213-1 et L. 3213-3 CSP (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 30 et p. 31, article 3, points 17 et 25)

²²¹⁷ Article L. 3213-8 CSP, (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 32-33, article 3, points 39 à 42,)

²²¹⁸ Articles L. 3213-1 et L. 3213-3 CSP (projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 30 et p. 31, article 3, points 17 et 25)

²²¹⁹ Il faut cependant garder une certaine circonspection eu égard à ce statut de « référent », instauré dans les pratiques, de manière salubre, mais restant d'une utilisation très souple, lui faisant perdre son intérêt et son efficacité par une utilisation abusive de cette souplesse : demeurant de l'ordre de la pratique, rien ne lie les médecins et les services quant à son application. Dès lors, ils peuvent aisément se délier de tout ce qu'elle pourrait porter de contrainte effective en changeant simplement de manière récurrente le nom du psychiatre « référent ».

²²²⁰ Rapport STROHL (H.), CLEMENTE (M.), *Rapport du Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990*, [en ligne], *op. cit.*, sept. 1997., chapitre 3, point 1.2 ; E. PIEL et J.-L. ROELANDT, *De la psychiatrie vers la santé mentale. Rapport de mission*, Ministère de l'emploi et de la solidarité, 2001, 86 p.; A. LOPEZ, I. YENI, M.

mettre en place une prise en charge de 72 heures du patient, permettant d'évaluer l'évolution de son trouble et les mesures à prendre pour des soins adéquats avec un vrai recul. La mesure d'HSC ne pourrait intervenir qu'au terme de cette période d'observation. Le certificat des vingt-quatre heures ne disparaîtrait d'ailleurs pas forcément dans le cadre de cette nouvelle procédure mais un autre sens semble lui être donné par la proposition de la mission IGAS-IGSJ, par exemple, qui le maintient : cette période d'observation ne devient plus, dans cet exemple, qu'une des deux étapes de contrôle de l'intérêt de la mesure à court terme²²²¹. Pour les personnes admises en HDT, le psychiatre établissant ce nouveau certificat ne doit pas être celui ayant rédigé le second certificat d'admission²²²². Cette réforme de la procédure d'admission est entérinée, on l'a évoqué, par le projet de loi du 5 mai 2010²²²³.

Un deuxième certificat, dit « de quinzaine » doit sanctionner un nouvel examen opéré quinze jours après l'admission puis par la suite, un certificat doit être établi mensuellement et transmis, dans les cas de HO, au préfet²²²⁴. Le mécanisme supplémentaire de contrôle par le JLD de la nécessité des mesures d'hospitalisation complète durant plus de quinze jours, proposé par la lettre rectificative au projet de loi du 26 janvier 2011²²²⁵ impose un raccourcissement du délai d'établissement de ce nouveau certificat : afin de permettre aux autorités administratives de saisir le juge et afin que ce dernier se prononce dans les délais impartis, soit précisément quinze jours pour la majorité des mesures d'HSC, le certificat devra donc être établi entre cinq et huit jours après la date d'admission²²²⁶.

Tous ces certificats ne peuvent être établis que par des psychiatres exerçant dans l'établissement d'accueil et doivent être circonstanciés, sachant que celui de vingt-quatre heures ne doit pas être établi par le même auteur que le second accompagnant la demande d'admission pour le cas d'une HDT. Par ailleurs, à propos des « certificats des vingt-quatre heures », seul celui mentionné pour la HDT est accompagné d'une précision sur son rôle : « [...] constatant l'état mental de la personne, [il doit] confirm[er] ou infirm[er] la nécessité de maintenir l'hospitalisation [...] »²²²⁷. Malgré la carence d'une indication similaire à propos de l'hospitalisation d'office²²²⁸ et au vu de la pratique psychiatrique, on peut lui supposer la même fonction de « filtre » entre les cas de troubles nécessitant réellement une hospitalisation et ceux de l'ordre de la crise passagère permettant de laisser repartir la personne, éventuellement avec un suivi ambulatoire. Encore faudrait-il cependant, que le préfet, dans les cas de HO, suive cet avis, n'étant pas lié par lui. Les certificats de quinzaine doivent préciser, pour les deux formes d'hospitalisation, la nature ou les caractéristiques et l'évolution des troubles. Il est intéressant de noter que pour l'HO, ce certificat devra préciser, le cas échéant « [...] la disparition des troubles justifiant l'hospitalisation » tandis que pour l'HDT, il devra « [...] indiqu[er] clairement si les conditions de l'hospitalisation sont ou non toujours réunies.[...] ». Comme si la levée de l'HO imposait une guérison là où celle de la HDT est plus souple, sur l'état de la personne et le rapport à la maladie. Mais il est vrai que les troubles visés par la HO engendrent ou sont susceptibles d'engendrer des désordres publics voire une remise en cause de la sécurité des personnes et que le législateur a pris soin de ne pas parler de maladie, se focalisant sur les manifestations dangereuses pour autrui de cette dernière. Enfin, la continuité entre les certificats doit apparaître concernant l'HO dans la mesure où le psychiatre certificateur doit se

VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990, *op. cit.*, mai 2005, pp. 51-54

²²²¹ Cf. A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990, op. cit.*, mai 2005, p. 53

²²²² Alinéa 1er de l'article L. 3212-4 CSP

²²²³ Cf. p. 471

²²²⁴ Une nuance notable est ainsi opérée ici par rapport à l'état du droit issu de la loi de 1838 où le certificat n'était transmis que semestriellement au préfet, uniquement au moment où ce dernier avait à se prononcer à nouveau sur le maintien de l'hospitalisation.

²²²⁵ Cf. *infra*, p. 491.

²²²⁶ Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 10 (pour la HDT) et p. 11 (pour la HO)

²²²⁷ Alinéa 1er de l'article L. 3212-4 CSP

²²²⁸ Alinéa 2 de l'article L. 3213-1 CSP

référer au certificat précédent et « [...] *confirm[er] ou infirm[er], s'il y a lieu, les observations contenues dans le précédent certificat.* »²²²⁹.

Le projet de loi du 5 mai 2010 vient rajouter une exigence à cet ensemble structuré de contrôles réguliers de l'état du patient et de la légitimité de la mesure : si la durée des soins sans consentement excède une durée d'un an continu à partir de la date d'admission, « [...] *le maintien de ces soins est subordonné à une évaluation approfondie de l'état de la personne réalisée par le collège [de soignants, créé par ce même projet de loi].* ». Une volonté de renforcer les droits des patients semble sous-tendre cette garantie supplémentaire, obligation étant faite à ce collège de « [...] *recueillir l'avis du patient.* ». Le projet de loi se conforme ainsi en partie à un souhait posé dans la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 22 septembre 2004²²³⁰.

C · LES MODALITES DE SORTIE

Comme le fait remarquer Marc DEBENE, « [...] *sur cette question fondamentale [de la sortie de l'hôpital des personnes hospitalisées sous contrainte], la loi de 1990 reprend une fois de plus les grandes lignes du régime précédent* » à « [...] *quelques précisions et plusieurs modifications* [...] » près²²³¹. Si les possibilités d'obtenir une sortie sont bien plus nombreuses et variées pour la personne en HDT (1), un certain nombre de modalités trouvent leur pendant dans celles offertes pour les personnes en HO (2).

§ 1. Dans le cadre d'une HDT

En premier lieu est reconduite la levée de la mesure sur décision du psychiatre de l'établissement d'accueil, estimant médicalement que « [...] *les conditions de l'hospitalisation sur demande d'un tiers ne sont plus réunies* [...] ». Il lui suffit d'établir un certificat, là encore circonstancié, « [...] *mentionn[ant] l'évolution ou la disparition des troubles ayant justifié l'hospitalisation* » et de compléter le registre de la loi en conséquence²²³². Comme le relève Monsieur DEBENE, est à noter la disparition de la notion de « guérison » exigée pour la sortie, pour lui préférer celle « *d'évolution des troubles* »²²³³. Est ainsi à nouveau acté le changement de regard porté sur la folie.

S'y rajoute une seconde modalité de sortie due aux psychiatres, mais cette fois due à leur défaillance : en effet, l'article L. 3212-7 CSP fixant les modalités et les périodicités d'établissement des certificats médicaux justifiant du maintien de la mesure, précise dans son dernier alinéa que « [f]aute de production du certificat susvisé, la levée de l'hospitalisation est acquise ». Le professeur DEBENE se montre pour sa part critique envers cette possibilité de sortie de droit, création de la loi de 1990 : elle lui paraît irréaliste autant que dangereuse et il craint une augmentation des hospitalisations d'office en réponse à ces « sorties par négligence ». C'est pourtant faire bien peu de frais de l'éthique professionnelle des psychiatres. On peut par ailleurs voir dans cette mesure plutôt un aiguillon en direction des praticiens, garantissant qu'ils n'oublient pas leurs malades à leur triste sort.

La sortie peut également être initiée par le curateur ou un membre de la famille du malade –

²²²⁹ Article L. 3213-3 CSP

²²³⁰ Alinéa 2 de l'article 19 de la recommandation rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux du 22 septembre 2004 « *Outre les conditions énoncées dans l'article 12.1 ci-dessus, le plan de traitement devrait : [...] être réexaminé à des intervalles appropriés et, si nécessaire, modifié, chaque fois que cela est possible, après consultation de la personne concernée, et, le cas échéant, de sa personne de confiance, ou du représentant de la personne concernée.* »

²²³¹ M. DEBENE, « La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 882

²²³² Alinéa 1er de l'article L. 3212-8 CSP

²²³³ M. DEBENE, « La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 882

priorité étant donnée au conjoint ou à la personne pouvant justifier d'une vie en concubinage avec le malade, puis aux ascendants puis aux descendants majeurs –, par le demandeur de l'hospitalisation, ou encore par la CDHP²²³⁴. Plusieurs précisions ou réajustements par rapport aux moeurs actuelles sont ainsi ajoutés à la liste correspondante présente dans l'ancienne loi. Tout un jeu d'oppositions possibles est également mis en place, ainsi que la manière de les dénouer, la principale autorité dans ce cadre étant le conseil de famille²²³⁵. Reste au médecin²²³⁶ de l'établissement une possibilité de s'opposer à cette sortie, mais uniquement s'il estime que la personne hospitalisée, au vu de son état, est dangereuse pour la sûreté des personnes ou risque de porter atteinte gravement l'ordre public, en résumé si la personne remplit les conditions pour faire l'objet d'une mesure d'hospitalisation d'office. En ce cas, il en informe sans tarder le préfet qui peut ordonner dans l'immédiat un « [...] *sursis provisoire* [...] »²²³⁷ qui cessera de plein droit au bout de quinze jours si suite ne lui est pas donnée par une hospitalisation d'office le cas échéant, cette dernière devant respecter les modalités de l'article L. 3213-1 CSP. Par contre, même si le médecin considère que la sortie est déconseillée au vu de l'état de la personne, mais uniquement en regard à elle-même voire à sa propre sécurité, aucun moyen ne lui est légalement reconnu pour empêcher cette sortie. Sans doute le législateur restait-il, sur ce plan – se montrant ainsi peut-être un peu théoricien –, sur ses anciennes positions de confiance à l'égard de la famille et d'intervention subsidiaire de l'autorité publique. Le projet de loi de mai 2010 souhaite mettre fin à cette situation, dans son optique évidente de sécurisation de la sortie des personnes placées en soins sans consentement, redonnant primeur au pouvoir médical : le psychiatre traitant pourrait donc désormais s'opposer à cette levée de la mesure s'il estime que la personne nécessite encore des soins auxquels elle n'est toujours pas apte à consentir. Le projet de loi tente de contrebalancer ce durcissement des possibilités de levée de soins en allongeant la liste des personnes ou organismes susceptibles de demander cette levée.

L'autorité administrative que représente le préfet peut également, saisi d'une demande en ce sens ou de son propre chef, s'il estime que la mesure d'HDT n'a plus lieu d'être par constat de la disparition d'au moins une des conditions d'hospitalisation, « [...] *ordonner la levée immédiate* [...] » de la mesure.

Quelle qu'ait été la modalité de levée de la mesure d'hospitalisation, le préfet, les deux procureurs de la République intéressés que sont celui près du TGI du lieu du domicile de la personne hospitalisée et celui près du TGI du lieu où est situé l'établissement d'accueil, la CDHP ainsi que la personne qui avait demandé la mesure d'hospitalisation, quand elle n'en est elle-même à l'initiative sont informés de cette sortie²²³⁸. Dans le cas de sortie initiée par un proche ou toute personne ou organisme mentionnés à l'article L.3212-9 CSP, son nom et son adresse sont communiqués dans les vingt-quatre heures de la sortie par le directeur de l'établissement sanitaire aux autorités officielles précédemment énumérées²²³⁹ et inscription de cette sortie est évidemment portée sur le registre de la Loi²²⁴⁰. Comme pour l'entrée en hospitalisation, le maire du domicile du malade n'est pour sa part plus informé de cette sortie. Néanmoins, on doit noter sur ce plan un renforcement du nombre des personnes averties de cette sortie et on peut s'interroger sur le caractère de ce renforcement de précaution : pragmatisme utilitaire – informer les autorités de la fin de leur mission de contrôle à l'égard de cet individu précis – ou contrôle social ? Dans tous les cas, le projet de loi ne semble rien redire à cette liste de personnes ainsi informées²²⁴¹.

²²³⁴ Alinéa 1er de l'article L. 3212-9 CSP. La CDSP remplirait toujours cette fonction (Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 46 ; Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., article 6).

²²³⁵ Alinéa 2 de l'article L. 3212-9 CSP

²²³⁶ « *Est-ce le psychiatre ?* » s'interroge Monsieur DEBENE (M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 882). Effectivement, le choix du terme « médecin » sans spécification peut surprendre à cet endroit.

²²³⁷ Alinéa 3 de l'article L. 3213-9 CSP

²²³⁸ Alinéa 2 de l'article L. 3212-8 CSP et article L. 3212-10 CSP

²²³⁹ Article L. 3212-10 CSP

²²⁴⁰ 8° de l'alinéa 1er de l'article L. 3212-11 CSP

²²⁴¹ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., p. 45

§ 2. Dans le cadre d'une HO

De même que pour les HDT, la loi de 1990 calque sa première modalité, à quelques ajustements près, sur celle posée par la loi de 1838, à savoir ici la levée de l'hospitalisation ordonnée par le préfet, auteur de la décision d'internement. Cette main-levée est prononcée « [...] *après avis médical ou sur proposition de la commission mentionnée à l'article L. 3222-5* [c'est-à-dire la CDHP] »²²⁴², à tout moment de l'hospitalisation. D'ailleurs, dès qu'un psychiatre « [...] *déclare sur un certificat médical ou sur le registre [...] que la sortie peut être ordonnée [...]* », le préfet doit en être informé dans les vingt-quatre heures par le directeur de l'établissement d'accueil et statuer « [...] *sans délai [...]* » sur la levée de la mesure d'HO²²⁴³. Par contre, si l'édiction d'un tel avis médical favorable impose au préfet de prendre position et s'il est, comme on vient de l'énoncer, obligé de solliciter cet avis avant toute décision concernant une éventuelle levée de la mesure, cet avis ne lui impose en aucun cas le sens de sa décision. Notons par ailleurs que le psychiatre émetteur de l'avis n'est pas tenu d'exercer dans l'établissement d'accueil ; détail de rédaction renforçant la garantie contre les internements abusifs dans la mesure où il ouvre la porte au contrôle par des psychiatres extérieurs de la légitimité de la mesure ou en tout cas de son maintien. Certes, le préfet n'est pas tenu de suivre l'avis mais il sait à quoi s'en tenir au plan médical.

Et comme pour les mesures de HDT, la levée de la mesure d'HO peut être obtenue de droit, « [...] [f]aute de décision du représentant de l'Etat à l'issue de chacun des délais [de réitération de la décision de maintien de la mesure d'hospitalisation] [...] »²²⁴⁴, obligeant ainsi le préfet à maintenir une vigilance quant aux mesures de privations de liberté, qu'il a prises au titre de l'hospitalisation d'office et à se pencher régulièrement sur le cas de chacun des malades ainsi enfermés. De manière surprenante, si Monsieur DEBENE se montrait perplexe quant à une sanction de ce qu'il appelait « *l'inertie médicale* » pour cette disposition insérée dans le cadre de l'HDT, il se révèle beaucoup moins réticent lorsque la même disposition est prise à l'encontre de l'autorité publique, semblant la trouver cette fois stimulante quoique, il le reconnaît cependant, éventuellement risquée dès lors qu'elle peut amener à laisser sortir des personnes encore dangereuses, et cette fois de manière médicalement avérée-. Mais, paradoxalement, il ne s'en formalise pas outre mesure, là où il condamnait l'offre d'une telle opportunité pour des personnes hospitalisées sur des critères d'internement ne reposant pas sur leur dangerosité potentielle²²⁴⁵.

Dernière modalité de sortie à mentionner, sensiblement plus lourde et réservée à un cas bien particulier de personnes placées en HO : les personnes reconnues pénalement irresponsables pour cause de trouble psychique et ayant fait l'objet d'une telle mesure d'hospitalisation. La levée de cette mesure ne pourra se faire que sur décisions, conformes cette fois, de deux psychiatres-experts n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil et choisis tous deux par le préfet sur une liste établie par le procureur de la République, après avis de la DDASS du département où est situé l'établissement²²⁴⁶, les deux décisions devant faire suite à « [...] *deux examens séparés et concordants [...]* » devant « [...] *établir que l'individu n'est plus dangereux ni pour lui-même ni pour autrui.* »²²⁴⁷. On peut être surpris par ce dernier membre de phrase – « *ni pour lui-même* » – posant une telle sollicitude à l'égard des personnes ayant *a priori* commis des faits répréhensibles pénalement, alors que la même attention est absente – ou, dans tous les cas, l'étaient avant le projet de loi du 5 mai 2010 – des dispositions concernant toutes les autres personnes placées en HSC, et notamment les personnes placées en HDT, qui ne peuvent être maintenues hospitalisées si un proche demande la levée de la mesure même contre avis médical dès lors qu'elles ne représentent pas de danger pour autrui ou pour l'ordre public.

Le projet de loi de 2010 a durci dans un sens sécuritaire ces modalités de sorties : d'une part,

²²⁴² Alinéa 3 de l'article L. 3213-4 CSP; La CDSP remplirait, là aussi, également cette mission (projet de loi du 5 mai 2010, article 6).

²²⁴³ Article L. 3213-5 CSP

²²⁴⁴ Alinéa 2 de l'article L. 3213-4 CSP

²²⁴⁵ M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 882

²²⁴⁶ Depuis le 1er juillet 2010, de l'Agence Régionale de Santé dans la mesure où ce nouvel établissement public de l'Etat s'est substitué aux DRASS et DDASS dans leurs missions.

²²⁴⁷ Article L. 3213-8 CSP

il intègre désormais les patients placés en soins sans consentement sur demande de l'autorité publique et qui ont séjourné en UMD aux patients devant faire l'objet de mesures de sécurité renforcées. Ils sont soumis au même régime de sortie que pour les HO judiciaires. Or la procédure de sortie de tous ces patients est augmentée de la consultation du collège de soignants, précédemment mentionné, qui doit rendre son avis sur la question.

Quelle que soit la modalité de sortie empruntée, mention en sera faite au « registre de la Loi »²²⁴⁸ et procureur de la République près du TGI du lieu où est situé l'établissement, maire du lieu de domicile ainsi que famille de la personne hospitalisée seront informés de cette sortie dans les vingt-quatre heures par le préfet²²⁴⁹.

Dans une logique indéniablement sécuritaire, le projet de loi de mai 2010 durcit les modalités de sortie, qu'il s'agisse des HO ou des HDT, dans la mesure où il institue des procédures plus complexes, expertises éventuellement à l'appui pour certains cas de HO et crée un droit d'opposition du psychiatre dans les HDT. Les pouvoirs, médical et administratif, sur la personne hospitalisée en sortent renforcés et la proposition de réforme s'inscrit parfaitement dans la continuité du régime médico-administratif français créé dès 1838.

D · LE SYSTEME FRANÇAIS, UN SYSTEME MEDICO-ADMINISTRATIF ORIGINAL

Le système français, donnant une place importante au pouvoir administratif en tant que force de décision (1), ouvre sur une double compétence juridictionnelle. Le juge judiciaire, gardien naturel de la liberté individuelle, se doit nécessairement de jouer son rôle de garant à ce niveau pendant que le juge de l'administration ne peut être dépossédé de l'intégralité du contentieux portant sur des décisions par nature de son ressort. Un partage des compétences juridictionnelles vient ainsi complexifier une situation déjà peu simple à assimiler pour les justiciables car fort singulière (2).

§ 1. L'architecture du système, le pouvoir administratif comme pivot décisionnel théorique

Le système d'hospitalisation sous contrainte français s'appuie sur un jeu de pouvoirs et contre-pouvoirs inchangé dans son énoncé depuis sa mise en place par la loi de 1838 : le binôme d'un pouvoir décisionnel administratif – et notamment l'autorité préfectorale pour les HO – appuyé sur une expertise médicale à toutes les étapes cruciales de l'hospitalisation, et d'un organe de contrôle aux interventions potentielles *a posteriori* mais dont la veille reste constante. En résumé, le législateur de 1990 n'a pas cédé aux sirènes de la judiciarisation, déjà mobilisées, on l'a vu en 1838, qui n'ont cessé de réémerger par la suite, et continuent de se raviver même après la réédition du choix médico-administratif dans la loi du 27 juin 1990, des sirènes portées par une frange non-négligeable de la doctrine autant que par un certain nombre de personnalités politiques²²⁵⁰.

Deux principaux griefs sont faits au système médico-administratif : en premier lieu est dénoncée une mise en danger de la liberté individuelle par le pouvoir exorbitant remis à

²²⁴⁸ Application combinée de l'alinéa 3 de l'article L. 3213-1 et du 8° du 1er alinéa de l'article L. 3212-11 CSP

²²⁴⁹ Article L. 3213-9 CSP. Cette obligation d'information du préfet envers la famille a été reconnue comme impérative dans la mesure où la défaillance du représentant de l'Etat à cet endroit engage sa responsabilité. Cf. arrêt CAA Bordeaux, 2e chb., 28/5/2002, « *Madame Annick X.* », req. n° 99BX01892, [en ligne], Légifrance

²²⁵⁰ Ainsi peut on citer, de manière non-exhaustive, J. COEHLO, « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaider pour une réforme », *op. cit.*, 2006, pp. 2496262 ; J.H. STARK, « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », *op. cit.*, 2005, I, pp. 1389-1394 ; M. DREYFUS-SCHMIDT, Séance du 18 avril 1990 au Sénat à propos de la loi de 1990, JO débats du Sénat, 1990, p. 355 ; R. BADINTER (réflexions pour une charte des libertés animées par), *Liberté, Libertés*, Paris, Gallimard, 1976, p. 196 (cité par M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 877) ; CAILLAVET, *Proposition de loi du 1er juillet 1978, tendant à modifier les conditions de mode de placement*, JO doc. du Sénat, (seconde session ordinaire 1977-1978), annexe n° 531

l'administration de décider d'une privation de liberté. Une telle mesure est précisément habituellement du ressort de l'autorité judiciaire, en droit français, cette dernière étant considérée comme la « *gardienne de la liberté individuelle* » par la Constitution de 1958 et ses décisions étant enveloppées de nombre de garanties visant à en éradiquer tout arbitraire. Ainsi, audition de la personne à enfermer, débat contradictoire avec assistance d'un avocat et toutes les précautions procédurales assurant un procès équitable sont déroulées. Rien de tel pour la décision administrative d'hospitalisation – on l'a vu – que cette dernière émane d'ailleurs, du préfet ou du directeur de l'établissement relayant la demande initiée par un tiers. La décision d'hospitalisation ne serait donc pas exempte de tout soupçon quant à un éventuel caractère illégitime, en tout cas illégal, et les seuls contrôles pouvant permettre un rétablissement de l'individu enfermé dans ses droits sont des procédures *a posteriori* et non systématiques²²⁵¹. C'est d'ailleurs principalement sur ce point que le Conseil Constitutionnel a eu à se prononcer le 26 novembre 2010, suite à une Question Prioritaire de Constitutionnalité que lui a transmise le Conseil d'Etat, par une décision du 24 septembre 2010²²⁵². Or, si le gardien de la Constitution a validé toute la procédure d'admission en HDT²²⁵³, il a bien déclaré non-conforme à la loi fondamentale de la République française l'article L. 3212-7 CSP traitant du maintien de la mesure²²⁵⁴.

Le Gouvernement en a immédiatement pris acte avec sa lettre rectificative du 26 janvier 2011 : il introduit dans le projet de loi du mai 2010, *via* de nouveaux articles L. 3211-12-1 à L. 3211-12-5 CSP, une nouvelle procédure de contrôle, au bout de quinze jours, par le JLD, de la nécessité de toute mesure d'HSC si cette dernière doit se prolonger au-delà de ce délai²²⁵⁵ ; le

²²⁵¹ Car, selon ces détracteurs, il est bien évident que les transmissions d'informations individuelles régulièrement fournies à des autorités de surveillance telles que la CDHP ou le procureur de la République à propos de toute procédure d'hospitalisation sous contrainte engagée n'est pas le gage d'un contrôle efficace de ces procédures. Le seul salut ne pourrait donc venir que d'une saisine du juge judiciaire, -donc un acte volontaire-, par le malade le plus souvent. Il faut donc davantage voir dans les contrôles organisés des opportunités données au patient ou à une personne susceptible d'agir dans son intérêt de faire contrôler la mesure et obtenir rétablissement de légalité de la situation le cas échéant qu'une autorité d'elle-même à l'affût du moindre vice dans les mesures prises. C'est en tout cas ainsi que la pratique a tranché à l'heure actuelle.

²²⁵² La demande portait sur le caractère jugé « [...] insuffisant [...] » par la demanderesse « [...] tant de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la procédure permettant de maintenir, à la demande d'un tiers, une personne en hospitalisation sans son consentement que des garanties accordées à cette personne pendant l'hospitalisation [...] » et qui « [...] port[er]aient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté individuelle ainsi qu'à la protection de celle-ci par l'autorité judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution [...] ». Le Conseil avait ainsi à contrôler au regard de la Constitution, entre autres, les articles L. 3211-12, L. 3212-1, L. 3212-2, L. 3212-3, L. 3212-4, L. 3212-7 du Code de la santé publique. (CE, 24/9/2010, « Mademoiselle Danielle A. », req. n°339110, [en ligne], Légifrance).

²²⁵³ Notons que, dans sa réponse rendue le 26 novembre 2010, malgré le souhait de la requérante d'étendre le contrôle à la procédure de HO, le Conseil constitutionnel s'est bien cantonné au contrôle des articles précédemment listés, soit la seule procédure d'HDT, situation de la requérante elle-même, refusant explicitement de déborder hors des marges de contrôle fixées au cas par cas par la haute juridiction le saisissant (décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », préc., cons. 11 et 12).

²²⁵⁴ En effet, « [...] si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté [...] » (cons. 20); mais dépassé un certain délai, - que le Conseil constitutionnel, se voulant pragmatique, évalue à quinze jours afin de tenir compte « [...] des motifs médicaux et des finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement [...] » (cons. 25) -, l'absence de contrôle automatique par le juge judiciaire n'est plus acceptable. En effet, le principe demeure que « [...] la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible [...] » et ce ne sont pas les visites obligatoires de certains magistrats de l'ordre judiciaire ni la possibilité de recours juridictionnels ouverte à ces personnes sous HDT qui peuvent pallier ce défaut de systématisme du contrôle du maintien de la mesure d'hospitalisation sans consentement (cons. 25), ni surtout, l'examen imposé par l'article L. 3223-1 CSP, mais opéré par une commission administrative ne présentant donc pas les garanties d'impartialité et d'indépendance d'un organe judiciaire, la CDHP. L'examen effectué par celle-ci est certes obligatoire pour toute personne hospitalisée sans consentement mais seulement au-delà de trois mois d'enfermement, et, alors que cette commission n'a pas de pouvoir décisionnel significatif puisqu'elle ne délivre pas d'autorisation au maintien en hospitalisation mais peut seulement demander la levée de la mesure (cons. 24). Cette déclaration d'inconstitutionnalité ne prend néanmoins effet, avec l'abrogation de l'article L. 3212-7 CSP, qu'à compter du 1er août 2011, laissant en réalité le temps de corriger le projet de loi actuellement en cours d'étude en conséquence et de le voter.

²²⁵⁵ Ce délai concernerait toutes les décisions d'admission mais aussi de modification de la forme de prise en charge lorsque cette dernière aurait rebasculé vers une hospitalisation complète, décisions prises, selon le cas, par le directeur de l'hôpital ou par le Préfet. Il faut par contre excepter de l'application de ce délai de quinze jours toutes les

Gouvernement suit ainsi les formes préconisées par le gardien de la Constitution. Et c'est bien une réforme généraliste qui est ainsi entreprise, visant les deux procédures d'HSC, les rédacteurs de la lettre rectificative ayant considéré la position du Conseil constitutionnel comme portant un discours valable aussi bien pour les procédures de HO que celle de HDT. D'autre part, c'est un travail en profondeur qu'ils mènent ici, organisant ce nouveau contrôle sous tous ses aspects : devant en conséquence innover, cette fois sans indications de la part du Conseil, ils créent d'une part les mécanismes de renouvellement de ce contrôle, fixant leur périodicité de réitération à six mois, d'autre part toute la procédure formelle d'audience devant le JLD.

Ainsi, en premier lieu, ce dernier ne serait pas saisi, dans le cadre de ce contrôle automatique et obligatoire, par le patient lui-même mais par l'autorité administrative ayant pris la décision d'admission, que ce soit le directeur d'établissement pour les HDT ou le représentant de l'Etat pour les HO²²⁵⁶.

En second lieu, la saisine devrait forcément s'accompagner d'un avis se prononçant sur la nécessité médicale de prolonger l'hospitalisation complète, et pris conjointement par deux psychiatres de l'établissement d'accueil, dont un seul doit participer à la prise en charge du patient concerné²²⁵⁷. La lettre rectificative demeure, sur le plan sécuritaire, dans la veine du projet de loi de mai 2010 : dès lors que la décision concernerait un patient considéré comme potentiellement dangereux²²⁵⁸, l'avis devrait être formulé par le collège de soignants prévu au nouvel article L. 3211-9 CSP et, pour ces patients particuliers, le juge ne pourrait décider de lever la mesure d'hospitalisation complète qu'après double expertise psychiatrique²²⁵⁹. Comme dans la loi de 1990, le principe de liberté de l'individu amènerait à sanctionner toute saisine tardive, sur simple constat du juge de ce retard, par une mainlevée de droit, de même que la levée de la mesure est acquise en cas de lenteur excessive du juge l'amenant à ne pas statuer dans le délai imparti. Néanmoins, l'optique sécuritaire rattrape encore une fois l'arsenal : y serait introduit un mécanisme permettant de faire échapper cette négligence de l'autorité administrative à la sanction libérale de sortie du patient, dès lors que ce retard serait dûment justifié par des « *circonstances exceptionnelles* »²²⁶⁰. On ne peut nier ce que cette correction de l'état du droit pourrait avoir de salubre par rapport à des situations concrètes actuelles ; mais sur le plan théorique, elle est incontestablement marquée de cet « esprit de peur », bridant les libertés, que porte le projet en arrière-fond.

En troisième lieu, la décision du JLD devrait se prendre après débat contradictoire. Le gouvernement profite de cette rectification pour introduire la possibilité d'audience par télécommunication audiovisuelle interposée : dès lors que le patient n'émettrait pas d'opposition à la procédure, point qui serait vérifié en amont par le directeur de l'établissement de santé, il serait loisible au juge de préférer cette option, sans doute moins coûteuse, et en tout cas plus simple à organiser, au plan pratique, que le déplacement du patient, avec une escorte, au tribunal. Les gains en temps et en sécurité ont de toute évidence également guidé une telle proposition. L'avocat aurait le choix de se trouver auprès de son client ou hors de l'enceinte hospitalière, auprès du juge. Quelle

mesures prises ou vérifiées avant ce délai par l'autorité judiciaire : on pense là aux décisions d'hospitalisation sans consentement prononcées par l'autorité judiciaire elle-même (L.706-135 CPP) et au cas où le JLD s'est prononcé sur la mesure suite à une saisine sur le fondement de l'article L. 3211-12 CSP. Pour ces dernières, c'est alors le délai de six mois qui s'applique. (3° du I de l'article L. 3211-12-1 CSP, lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 6).

²²⁵⁶ Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 6. Y compris pour les hospitalisations prononcées sur le fondement des articles L. 3214-3 CSP (soins aux détenus) ou 706-135 CPP (hospitalisations prononcées par l'autorité judiciaire dans le cadre de la déclaration d'irresponsabilité pénale)

²²⁵⁷ Article L. 3211-12-1 II, Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 7

²²⁵⁸ Ou davantage porteurs de risques que les autres patients. Il faut comprendre les personnes hospitalisées sur le fondement des articles L. 3213-7 CSP, L. 706-135 CPP ou effectuant ou ayant effectué un séjour dans une UMD (cf. article L. 3211-12 II du projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 21-22)

²²⁵⁹ Article L. 3211-12-1, III. Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 7. De telles expertises, de mêmes que celles qui pourraient être ordonnées par le juge dans le cadre de ce « contrôle de quinzaine » « [...] à titre exceptionnel, en considération de l'avis conjoint des deux psychiatres [...] » permettraient un prolongement du délai laissé au juge pour se prononcer de quatorze jours au maximum. L'ordonnance demandant l'expertise devrait avoir été prise avant l'expiration du délai, de quinze jours ou six mois selon la situation considérée (article L. 3211-12-1, 3°, I, pp. 6-7).

²²⁶⁰ Article L. 3211-12-1, IV. Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 7

que soit l'option choisie par le défenseur, les droits de la défense seraient garantis. De même, les deux salles, celle à l'hôpital comme celle du tribunal, devraient être accessibles au public²²⁶¹.

Un appel de l'ordonnance du juge pourrait être formé devant le premier président de la Cour d'appel, mais un appel non suspensif, sauf si il provient du procureur de la République, sur requête du directeur de l'hôpital ou du préfet (selon que le patient est hospitalisé sur demande d'un tiers ou d'office), et que ces derniers arguent d'un « [...] *risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui*. ». La plausibilité de l'argument devra se vérifier aussi par la rapidité de réaction du procureur et de ses deux comparses, puisque la demande d'appel suspensif motivée devra être présentée « [...] *dans un délai de six heures à compter de la notification de l'ordonnance à l'auteur de la requête* [...] ». Le premier président doit alors se prononcer immédiatement, mais néanmoins *via* une ordonnance motivée qui devra être rendue après débat contradictoire. De toute évidence se mettrait en place un mécanisme proche de celui du « référé détention » ouvert au procureur de la République dans le cadre de la décision de mise en détention provisoire²²⁶², avec une rétention de la personne, pourtant forte d'une décision de sortie, le temps qu'il soit à nouveau statué sur sa situation. Cette seconde ordonnance ne serait pas susceptible de recours, et, au cas où le premier président aurait donné raison aux motivations du directeur de l'établissement ou du préfet, le patient devrait se plier au maintien en hospitalisation complète jusqu'à ce qu'il soit statué au fond ²²⁶³. Cette décision devrait intervenir dans le délai de quatorze jours, sans quoi la mainlevée serait acquise²²⁶⁴. Une fois encore, on retrouve l'esprit sécuritaire de ce projet de loi qui instaure un déséquilibre entre les voies offertes pour obtenir la sortie et celles pour maintenir la personne enfermée, dans la mesure où l'appel suspensif est à sens unique, en faveur d'une rétention de la personne.

Le Gouvernement profite enfin de l'opportunité de cette lettre rectificative pour rajouter une mesure, dans la cohérence de son projet, visant à permettre une continuité des soins obligatoires même derrière une mainlevée ordonnée par l'autorité judiciaire. L'idée est intéressante dans la mesure où elle éviterait une rupture brutale de tous soins, mais ne fait-elle pas fi de la liberté rendue sciemment au patient par l'autorité judiciaire ? En effet, l'article L. 3211-12-5 CSP, en permettant qu'une nouvelle décision d'admission en soins sans consentement d'un patient soit prise immédiatement suite à une mainlevée prise au titre des articles L. 3211-12 ou III ou IV de L. 3211-12-1 CSP²²⁶⁵, vise à maintenir l'individu dans un cadre contraint. Acte est pris que la personne doit de nouveau jouir de sa liberté, ne plus être enfermée à l'hôpital, mais elle peut par contre faire légalement l'objet d'une mesure de soins ambulatoires obligatoires. Or, rappelons que le projet de loi permet au juge, dans le cadre de la modification de l'article L. 3211-12²²⁶⁶, de substituer à une mesure pour laquelle il prononce la mainlevée (on pense surtout à l'hospitalisation complète), une autre mesure de soins ambulatoires. S'il ne le fait pas, ne sera-ce pas par choix ? Il est vrai, par contre, que ce raisonnement ne tient pas pour la mainlevée obtenue *via* les III ou IV de l'article L. 3211-12 CSP, qui ne se préoccupent que de la situation d'hospitalisation complète du patient ; le juge n' étant pas appelé à donner son avis sur une autre mesure de soins en substitution à la première, l'article L. 3211-12-5 CSP trouve tout son sens dans ce cadre.

Le premier point sur lequel sont émis des griefs vis-à-vis du système médico-administratif que nous examinons porte donc, comme nous venons de le voir sur la mise en danger de la liberté individuelle par le pouvoir exorbitant remis à l'administration en matière de privation de liberté.

En second lieu, dans le même débat, est pointée la complexité démesurée du système de double compétence juridictionnelle engendrée par cette nature médico-administrative des procédures d'HSC. Une complexité qui serait réglée, selon les détracteurs du système actuel, par la judiciarisation de la procédure, le juge administratif n'ayant en ce cas plus sa place dans un système

²²⁶¹ Article L. 3211-12-2, Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., pp. 7-8

²²⁶² Cf. *infra*, p. 506

²²⁶³ Article L. 3211-12-4, Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 8

²²⁶⁴ Article L. 3211-12-4, Lettre rectificative n°3116 du 26 janvier 2011, préc., p. 9

²²⁶⁵ Mainlevée suite à saisine en référé du JLD pour une demande de sortie immédiate ou suite au futur « contrôle de quinzaine » par le juge

²²⁶⁶ Cf. projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 21, n°56

dont l'administration aurait disparu en tant qu'autorité décidante.

Un certain nombre d'arguments ont pourtant présidé à ce choix du maintien du système précédent ou continuent à être avancés pour le justifier : seront retenus ici les principaux, à savoir, d'abord, que l'urgence de ce type de mesure correspondait mal à la lenteur légendaire de l'autorité judiciaire pour prendre une décision imposant le déclenchement de toute la procédure contradictoire, extrêmement chronophage. Sans compter la surcharge de travail apportée aux tribunaux judiciaires peinant déjà à écouler « *dans des délais raisonnables* » - pour reprendre les prescriptions de la Cour européenne-, tout le flux des affaires qui leur sont soumises. A également été avancée l'idée du risque d'amalgame opéré par les profanes, à commencer par les malades eux-mêmes, entre leur internement et une mise en prison à partir du moment où ce serait le même juge qui aurait à statuer sur ces deux formes de privation de liberté. On aurait pu y voir une apparence de pénalisation de la folie, fausse croyance extrêmement perturbatrice pour la personne hospitalisée, déjà fragile psychiquement, et néfaste au sein d'une démocratie libérale. Un certain nombre d'auteurs ont également voulu interpréter l'article 20 de la recommandation Rec (2004)10 du 22 septembre 2004 comme imposant la judiciarisation de la procédure d'hospitalisation sous contrainte²²⁶⁷. Or, s'il est vrai que la procédure française, dans son état actuel, ne respecte pas toutes les prescriptions posées à cet article, notamment en ce qui concerne la prise en considération de l'avis de la personne concernée, et s'il est vrai que les recommandations font irrésistiblement penser à une compétence judiciaire, cette judiciarisation n'est néanmoins pas demandée formellement²²⁶⁸. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé de contestable dans la dualité de juridiction telle qu'actuellement instaurée eu égard à la protection des droits constitutionnellement garantis des individus hospitalisés sous contrainte^{2269 2270}.

En conséquence, le système restant ainsi sur son ancienne architecture de base conserve les contrôles judiciaires *a posteriori*, le plus fort des pouvoirs de ce juge – qui se doit, pour l'équilibre du système, de pouvoir être saisi à tout moment – permettant, le cas échéant, une sortie immédiate. Mesure de protection de la liberté individuelle tentant d'être la plus aisée possible d'accès, l'absence de contrainte temporelle se cumulant à un cercle de demandeurs potentiels déjà large mais encore davantage étendu par la loi de 1990²²⁷¹ et à une grande simplicité de la procédure de saisine²²⁷². L'autorité judiciaire se retrouve ainsi le pivot des mesures de contrôle, même si toutes ne lui incombent pas. Le Conseil constitutionnel valide ce mécanisme de protection dans sa décision du 26 novembre 2010, mais sous la cruciale réserve que le problème des délais de réaction du JLD soient résolus ; le gardien de la Constitution insiste là sur la nécessaire effectivité de la mesure pour qu'elle soit considérée comme conforme à la Constitution²²⁷³. Rappelons néanmoins que, même si

²²⁶⁷ Notamment J. COELHO, « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaidoyer pour une réforme », *op. cit.*, 2006, p. 258

²²⁶⁸ La plupart des autres grands pays européens, - Italie, Royaume-Uni, Espagne, Pays-Bas-, ne connaissent pas non plus une judiciarisation intégrale de leur procédure même si cette autorité intervient généralement de manière plus prégnante, notamment par le biais d'une intervention automatique à plus ou moins courte échéance, que dans le système français et on doit noter, effectivement, une tendance à la judiciarisation (cf. à ce sujet, Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI, C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, *op. cit.*, 2002, pp. 48-88 et Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental*, *op. cit.*, 2007, pp. 158-176)

²²⁶⁹ Décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », [en ligne], préc., cons. 35 à 37

²²⁷⁰ Certains commentateurs ont pu lire, dans l'arrêt « *BAUDOIN c/ France* » du 18/11/2010, (req. n°35935/03), une condamnation expresse par la Cour européenne de cette dualité de juridiction à la française pour les cas de HO (cf. R. GRAND, « Hospitalisation d'office : la séparation des juridictions viole le droit à un recours effectif », *AJDA*, 2010, p. 2239) Nous émettrons pour notre part quelques réserves quant à cette appréciation, trop radicale à notre sens, des propos d'une Cour qui prend le soin de préciser que le défaut d'articulation entre les compétences des deux juges en matière de recours contre la décision de HO, qu'elle sanctionne dans cet arrêt, n'est constaté par elle que « [...] *dans les circonstances très particulières de l'espèce* ». ; sa décision n'engage donc en rien le principe même de la dualité de juridiction. (§ 108 à 110).

²²⁷¹ La loi de 1990 a en effet ouvert le cercle des demandeurs potentiels à « [...] *toute personne susceptible d'agir dans l'intérêt du malade* [...] ».

²²⁷² Article L. 3211-12 CSP

²²⁷³ Décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », préc., cons. 38 à 40

cela n'a pas affecté le texte de l'article L. 3211-12 CSP lui-même, le décret du 20 mai 2010 vient *a priori* de régler le problème²²⁷⁴.

Quant à ces contrôles supplémentaires, leur existence cumulée doit sans aucun doute être mise au crédit de l'architecture médico-administrative, qui amène à renforcer ce point de la structure binaire ; un système judiciarisé n'aurait très certainement pas amené le même surenchérissement de contrôles étant donné les principes d'intégrité, d'impartialité et d'indépendance reconnus à cette autorité. Certes, ces contrôles font l'objet de critiques nourries, le plus fréquemment en pointant les dysfonctionnements de chacun d'eux²²⁷⁵. En outre, prenant argument de cet état de la situation, la critique peut également prendre un aspect plus global, en portant sur le principe même de cette trop grande multiplicité qui déresponsabilise chacun des acteurs compétents, prompts à se reposer sur la compétence concurrente des autres pour se décharger de sa propre mission et qui complexifie à outrance, le rendant peu lisible pour le patient, ce système de garantie²²⁷⁶. Cependant, on peut à l'inverse estimer, à l'instar de Gilles LEBRETON, que cette diversité « [...] constitue [...] une protection irremplaçable contre les internements injustifiés, qui peuvent échapper à la vigilance d'un organe de contrôle, mais non de six. »²²⁷⁷.

§ 2. La double compétence juridictionnelle

La double compétence juridictionnelle pouvant amener le justiciable à saisir à la suite les deux ordres de juridiction n'est pas une création volontaire des initiateurs du système français d'hospitalisation sous contrainte mais bien plutôt une conséquence de la répartition des rôles entre pouvoir administratif et autorité de contrôle judiciaire. En effet, à mesure que le juge administratif a pris son indépendance et est devenu un véritable censeur impartial de l'administration, le juge judiciaire, présent au départ comme unique autorité capable de protéger les libertés individuelles contre les abus de l'administration, a vu son utilité et surtout son hégémonie sur cette protection de l'administré contre le pouvoir exécutif et administratif rognées^{2278 2279}. Il n'en reste pas moins qu'encore à l'heure actuelle, seul le juge judiciaire est reconnu compétent, du moins par la pratique jurisprudentielle, pour lever une mesure d'hospitalisation et prononcer la sortie du patient. En conséquence, peut-être davantage que de la critique de la double compétence, ce serait celle du blocage des deux juges chacun dans leur pré carré qui pose réellement problème ; mieux redéfinie, cette dualité de compétences pourrait ouvrir sur une meilleure protection de l'individu grâce à la reconnaissance de compétences concurrentes à déclarer la sortie.

²²⁷⁴ Cf. *supra* p. 484

²²⁷⁵ Ces critiques ont été précédemment exposées en détail dans le cours de nos développements. Cf ce chapitre, section I.

²²⁷⁶ Cf notamment les constats de la mission inter-inspection IGAS/IGSJ (A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990, op. cit.*, mai 2005, pp. 38-39 et pp. 60-61, et tout particulièrement p. 6)1. Cf également G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit.*, 2001, p. 364

²²⁷⁷ *Idem*, p. 364

²²⁷⁸ Ainsi, la théorie de la voie de fait est en passe de tomber en désuétude suite à la création du référé-liberté par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 « relative au référé devant les juridictions administratives » complétée par le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000. Cette théorie était utilisée jusque-là par des justiciables protestant contre une hospitalisation sous contrainte irrégulière car elle pouvait leur permettre, avec l'aide d'un juge judiciaire compatissant, de s'émanciper du passage devant le juge administratif pour régler l'ensemble de l'affaire devant le dit « gardien des libertés individuelles ». La procédure était justifiée juridiquement par l'idée que l'hospitalisation sous contrainte entachée d'irrégularité en cause pouvait s'analyser comme étant une action de l'administration « dénaturée », - cette dernière s'étant « placée hors du droit » -, qui porte atteinte à toute une série de libertés fondamentales appartenant à l'hospitalisé lésé ; l'application de la théorie de la voie de fait ainsi argumentée devait permettre l'intervention rapide et efficace du juge judiciaire afin de protéger les libertés malmenées de la personne hospitalisée. Néanmoins, dans la pratique, l'argumentation a rarement été retenue par la jurisprudence : il est peu fréquent que les hospitalisations sous contrainte contestées soient de véritables séquestrations arbitraires ; en général, elles peuvent être irrégulières, certes, mais se rattachent à un texte, - les lois de 1838 puis de 1990 -, qui donne à l'autorité administrative pouvoir d'agir en ce domaine. (Les citations sont tirées du manuel de René CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, 2001). (Pour davantage d'approfondissements à propos de la théorie de la voie de fait, Cf. L'analyse de Th. GONGGRYP sur le sujet dans sa thèse, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, op. cit.*, pp. 373-382)

²²⁷⁹ Cf. Th. GONGGRYP *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, op. cit.*, 2007, pp. 319-330

L'état du droit est en effet posé officiellement par l'arrêt du Tribunal des Conflits du 17 février 1997 « *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ MENVIELLE* » qui s'inscrit dans une problématique plus globale de partage des compétences où le juge administratif se voit reconnaître le pouvoir résiduel de contrôler la régularité et la légalité de l'acte administratif d'hospitalisation tandis que le juge judiciaire connaît de la nécessité de la mesure, et définit la nouvelle répartition des compétences, dans le cadre des demandes d'indemnisation suite à un internement abusif : l'objectif de simplification emporte l'unification du contentieux de la réparation au profit du seul juge judiciaire²²⁸⁰. Autant dire que c'est à ce dernier, que revient la plus belle part et que le juge administratif est fortement diminué dans l'étendue du contrôle qu'il opère classiquement sur les mesures, y compris de police et pouvant porter atteinte aux droits ou libertés d'un justiciable. Doit être relevé, en guise d'ouverture vers une critique de cet état de paralysie désuet du juge administratif par rapport au contrôle des décisions d'hospitalisation sous contrainte, le paradoxe émanant de la comparaison avec le pouvoir de contrôler l'opportunité de la mesure d'hospitalisation dans le cadre du contentieux sur les décisions de sortie prononcées par le préfet : dans un arrêt du 26 juin 2006²²⁸¹, le tribunal des Conflits a clairement reconnu à la juridiction administrative la compétence pour « [...] *apprécier tant la régularité que le bien-fondé* [...] » d'une telle la mesure. Mais la remarque vaut également pour le contentieux des décisions refusant un placement en HO, qui relève de la compétence exclusive du juge administratif et qui l'amène à se prononcer de manière tout à fait naturelle sur la nécessité de la mesure²²⁸².

En outre, dans le droit administratif général, l'annulation d'un acte administratif emporte effet rétroactif et nullité des actes pris sur le fondement de cet acte annulé, la fiction sous-tendant l'annulation étant que l'acte est réputé n'avoir jamais existé. Or, les arrêtés d'hospitalisation d'office, notamment, bénéficient d'un régime particulier, -sans fondement légal d'ailleurs puisque nulle part il n'est interdit, même de manière indirecte, au juge administratif de prononcer la sortie d'un patient hospitalisé sous contrainte-, permettant au juge de déclarer la nullité des actes viciés ou fondés sur un acte vicié mais sans pour autant lever la mesure d'hospitalisation et déclarer la sortie. L'acte est irrégulier et ouvre droit à indemnisation, le juge administratif ne va pas au-delà de ce prononcé. Et ce n'est d'ailleurs, on l'a vu, même plus lui qui statue sur le montant de cette indemnisation.

La création du référé-liberté par la loi du 30 juin 2000 sur les procédures d'urgence dans le contentieux administratif a donné un regain d'intérêt pour la saisine du juge administratif en lieu et place du juge judiciaire pour obtenir une levée d'une mesure d'hospitalisation vraisemblablement illégale. Les avantages de la procédure sont certains par rapport à une action devant le juge judiciaire au niveau de la rapidité de la réponse donnée par la juridiction, pour une efficacité en théorie égale puisque, doté de ses nouveaux pouvoirs d'injonction, le juge des référés administratif peut donner une portée effective à son constat d'illégalité manifeste qui emporterait levée de la mesure d'hospitalisation sous contrainte. On notera que le Conseil d'Etat tient à ce que cette procédure d'urgence soit reconnue recevable pour la liberté d'aller et de venir, montrant par là son attachement à la reconnaissance de sa compétence pour la protection de cette liberté fondamentale concurremment du juge judiciaire²²⁸³ et ce alors même qu'à l'heure actuelle, de telles procédures tournent court.

En effet, l'espoir placé dans cette procédure reste cependant en partie déçu : il n'a pas amené de révolution dans l'audace du juge administratif, qui l'aurait poussé à enfin accepter de prononcer

²²⁸⁰ En effet, la reconnaissance de sa compétence par le Conseil d'Etat pour contrôler la régularité externe des arrêtés d'hospitalisation d'office (CE, 21/7/1911 « *Dame veuve FERVEL et son fils FERVEL* », req. n° 42.759, préc., pp. 844-845) est consacrée dans la redéfinition du partage des compétences par le Tribunal des Conflits dans son arrêt « *MACHINOT c/ Préfet de police* » du 6 avril 1946 (*Rec. Lebon*, 1946, p. 326). Cette dernière pose le juge judiciaire comme compétent pour contrôler la nécessité de la mesure de placement d'office pendant que le juge administratif se préoccupe de la régularité externe de l'acte, la compétence en matière de contentieux indemnitaire connaissant alors la même scission selon la nature du vice ouvrant à réparation. C'est sur ce dernier point que la décision « *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ MENVIELLE* » est venue simplifier, pour le plaignant, la répartition des compétences, en reprenant la théorie des « blocs de compétences ».

²²⁸¹ Tr. Cflits, 26/6/2006, « *M. Mickaël A.* », req. n°C3513, *Rec. Lebon*, 2006, pp. 634-635

²²⁸² Arrêt CE, 13/1/1971, « *Sieur PLANCHON* », req. n°80.251, *Rec. Lebon*, 1971, pp. 33-34

²²⁸³ Arrêt CE, 1/4/2010, « *M. Charles SARABIA* », req. n°335753, [en ligne], préc.

lui-même la sortie²²⁸⁴. Au terme de la procédure de référé qui lui serait favorable, le patient doit malgré tout attendre que le juge des libertés et de la détention tire lui-même les conséquences de l'ordonnance du juge administratif et prononce la mainlevée de la mesure d'hospitalisation²²⁸⁵. Une position déplorée par Frédéric LENICA et Claire LANDAIS dans leur commentaire de la décision « *Madame LAPORTE* »²²⁸⁶, dans la mesure où elle donne une image délétère de l'inefficacité des « *interventions* » de la juridiction administrative : il apparaît désormais avec d'autant plus d'éclat que, dans ce contentieux des hospitalisations d'office, le juge administratif n'est pas à même de faire sortir réellement la personne illégalement enfermée, alors que désormais, il est pourtant pourvu des pouvoirs contraignants adéquats pour obliger l'administration à se plier à sa décision. Pourtant, et presque paradoxalement quand on connaît sa grande rigueur à reconnaître la condition d'urgence imposée dans le cadre du référé comme remplie, le juge a accepté, semble-t-il, de retenir une forme de « *présomption d'urgence* » face à une mesure d'hospitalisation d'office si l'on en croit les recherches de Thibault GONGGRYP sur ce point.²²⁸⁷ Ainsi, un considérant de principe revient de manière récurrente dans les ordonnances de référé-suspension à ce propos : « *la condition d'urgence doit être regardée comme remplie si l'exécution de l'acte administratif en cause porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; que tel est le cas d'une mesure d'hospitalisation d'office* »²²⁸⁸. Jacques-Henri STAHL voit ainsi sa suggestion devenir réalité²²⁸⁹ contrairement à ce qu'avaient prédit Monsieur LENICA et Madame LANDAIS²²⁹⁰.

²²⁸⁴ Il l'exprime d'ailleurs lui-même, par exemple par la voix de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans CAA Bordeaux, 17/5/2005, « *BAUDOIN* », (req. n°01BX01503, [en ligne], Légifrance) : « [...] *S'il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement d'office ou le maintien en hôpital psychiatrique, seule l'autorité judiciaire est compétente [...] pour apprécier la nécessité desdites mesures et les conséquences qui peuvent en résulter ; que le pouvoir confié par la loi au juge administratif de prononcer à l'égard des personnes morales de droit public ne l'autorise pas à s'affranchir des règles de répartition des compétences énoncées ci-dessus, le juge administratif n'est pas compétent, quand bien même il annule la décision de placement [...], pour enjoindre le préfet de la Gironde [...] de laisser sortir M. BAUDOIN [...]* »

²²⁸⁵ Cf. notamment, pour un exemple d'enchaînement des décisions des deux juges, l'affaire de Monsieur J.-P. D, TA Versailles, ord. référé du 23/6/2004, « *J.-P. D c/ Préfet des Yvelines* », req. n°042912, suivi de TGI Versailles, ord., 25/6/2004, req. n°04/00069, *JCP G*, II, 10015, n° 5 du 2/2/2005, pp. 221-222, note J.-H. STARK et Ph. BERNARDET, certes, dans le cadre d'un référé-suspension

²²⁸⁶ F. LENICA et Cl. LANDAIS, note sous l'arrêt CE, 1er/4/2005, « *Madame L.* », req. n°264627, *AJDA* 2005, p. 1232

²²⁸⁷ Cf. Th. GONGGRYP, L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, op. cit., pp. 379-380

²²⁸⁸ On la retrouve présente par exemple dans TA de Versailles, ord. référé, 29/7/2005, « *M. F.* », req. n°0506282 ; TA de Versailles, ord. référé, 28/11/2005, « *Madame X* », req. n°059542 ; TA de Versailles, ord. référé, 28/11/2005, « *TOBIANA c/ Préfet des Hauts de Seine* », req. n°059547 ; TA Versailles, ord. référé, 30/6/2006, « *Madame Catherine K. c/ Préfet des Hauts de Seine* », qui sont des ordonnances de référé-suspensions prises sur la base de l'article L. 521-1 CJA. Ce qui est vrai pour les référés-suspension ne l'est pas forcément pour les référés libertés. Un débat oppose les juristes sur l'appréciation de la condition d'urgence dans le cadre de ces deux types de référés ; si chacun semble aujourd'hui se retrouver sur le fait d'une appréciation un peu différente de cette condition par le juge dans les deux référés, Sophie BOISSARD estime cette condition appréciée de manière plus restrictive dans le référé-liberté que dans le cadre du référé-suspension (S. BOISSARD, « A propos du secret des correspondances ». Conclusions sur Conseil d'Etat, 9 avril 2004, *Vast* » [dans dossier : « Référé-liberté et voie de fait »], *RFDA*, 2004, n°4, p. 778) tandis que Patrice CHRETIEN, reprenant Paul CASSIA rappelle que cette question n'est « [p]arfois [...] « [...] pas même évoquée par le juge du référé-liberté qui fait droit à la demande de référé » [...] Il s'agit d'abord de déterminer s'il y a une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. [...] », laissant sous-entendre à quel point cette question peut apparaître secondaire, dans certains cas, pour le juge administratif dans le cadre de ce référé-liberté, ou plus exactement, que l'urgence est, dans ces situations, inhérente à la nature même du litige, à l'atteinte à une liberté fondamentale. (P. CHRETIEN, « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. La notion d'urgence », *RFDA* 2007, p. 42 ; P. CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2003, pp. 101-103 et P. CASSIA et A. BEAL, « L'interprétation finaliste de l'urgence », *AJDA*, 2003, pp. 1171-1178)). Il faut néanmoins tenir compte également de la politique jurisprudentielle mettant en balance intérêt du demandeur et intérêt d'un tiers ou, de manière plus classique et fréquente, intérêt général (dans le cas des hospitalisations d'office notamment, ce pourrait être l'idée du principe de précaution). Ceci dit, tous ces commentaires demeurent dans la sphère spéculative, aucun référé-liberté concernant la liberté d'aller et venir, - donc en arrière fond, contestant la mesure de HSC elle-même -, n'ayant, à notre connaissance, connu de conclusion positive.

²²⁸⁹ J.-H. STAHL, Conclusions sur l'arrêt du 1er avril 2005, « *Madame LAPORTE* », req. n°264627, cité dans F. LENICA et Cl. LANDAIS, note sous ce même arrêt, op. cit., 2005, p. 1232

²²⁹⁰ F. LENICA et Cl. LANDAIS, note sous l'arrêt CE, 1er/4/2005, « *Madame L.* », op. cit., 2005, p. 1233

A notre sens comme à celui du commissaire du Gouvernement Jacques-Henri STAHL, c'est pourtant vers une compétence concurrente que l'évolution rapportée du rôle et du visage que prend le juge administratif attire objectivement le contentieux concernant les mesures d'hospitalisation sous contrainte et tout particulièrement celles d'hospitalisation d'office, ce juge apparaissant en tant qu'autorité non seulement impartiale et indépendante de l'Administration mais démontrant ses capacités à protéger le citoyen contre les abus du bras armé du pouvoir exécutif. Bien entendu, cela impliquerait que le juge administratif retrouve compétence, dans ce cadre circonscrit, pour se prononcer sur le bien-fondé de la mesure d'hospitalisation : on ne peut envisager de laisser sortir un individu interné *a priori* pour des raisons sanitaires et de sécurité publique sur de simples entorses matérielles et procédurales : on ne peut admettre non plus que par le biais de ces entorses lui soit offert un blanc-seing alors qu'elles n'ont pas de liens rationnel avec le fond du problème, à savoir l'état de la personne, qui demeure le principal enjeu dans ces mesures d'hospitalisation d'office. C'est un nouveau jeu de rapports entre le justiciable, ses juges et la puissance publique, qui s'établirait, à définir plus précisément, mais qui paraîtrait à la fois plus pertinent, forcément plus lisible que l'état du droit actuel, redorant le blason bien décrépit d'un juge administratif presque fantoche sous certains aspects dans sa posture actuelle alors qu'il est aujourd'hui doté de potentialités inédites dans la protection de l'administré, et qui jouerait réellement en faveur d'une protection accrue de la personne enfermée. En outre, d'un point de vue purement théorique, une telle compétence paraîtrait davantage en accord avec la double nature de la mesure, à la fois mesure de police concernant la gestion de l'ordre public préfectorale et mesure violemment attentatoire aux libertés individuelles de la personne concernée ; les deux juges peuvent être considérés comme les censeurs « naturels » pour un tel acte hybride²²⁹¹.

Par une telle réforme juridictionnelle, le régime médico-administratif, système fortement controversé dans la doctrine, gagnerait non seulement en pertinence mais même en efficacité et en valeur eu égard à la protection des personnes, au point de faire perdre son mordant à la critique, annihilant son pan argumentaire le plus dérangeant. En effet, en-dehors de ce défaut de fonctionnement proprement juridictionnel, le système français possède, dans son principe, une pertinence et une cohérence ne contrevenant pas aux exigences du droit européen en la matière et est ainsi validé par les instances du Conseil de l'Europe.

E · UNE CONFORMITE RECONNUE DU SYSTEME FRANÇAIS AU DROIT EUROPEEN

L'ensemble de cette architecture procédurale, quelles que soient les critiques dont elle fait l'objet, est considéré comme conforme aux exigences de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la Convention EDH. Ce constat est d'autant plus intéressant pour notre système de droit que la Cour a sa conception propre de ce sujet, un regard décalé par rapport à celui appliqué dans la procédure française. Le texte européen possède le grand avantage de flanquer le principe de la liste limitative des motifs justifiant une privation de liberté, interprétée strictement par une jurisprudence constante : la marge d'appréciation laissée aux Etats pour l'application de cet article est mince. Le cas de l'aliénation mentale y est reconnu comme l'un de ces motifs légitimes²²⁹² mais encore faut-il s'entendre sur la définition de l'aliénation mentale. Si la Cour EDH a toujours répugné à en donner une positive, elle propose une approche par la négative de la notion (en indiquant ce que l'aliénation mentale n'est pas, ou plus exactement, ce qu'il ne faut pas considérer comme une aliénation mentale²²⁹³) qu'elle veut évolutive dans la mesure où « [...] *son sens ne cesse*

²²⁹¹ F. LENICA et Cl. LANDAIS, note sous l'arrêt CE, 1er/4/2005, « *Madame L.* », *op. cit.*, 2005, p. 1233

²²⁹² Article 5, § 1, point e/

²²⁹³ La Cour pose cette pseudo-définition dans son premier arrêt, devenu arrêt de principe, en la matière, « WINTERWERP c/ Pays-Bas » du 24/10/1979 : « *On ne saurait considérer que l'alinéa e/ de l'article 5 § 1 autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominant dans une société donnée.* » (§ 37). De même, elle dissocie les problèmes d'éthylisme et de toxicomanie des cas d'aliénation mentale (cf. formulation du 5 e/ CEDH où chacun de ces cas est mentionné séparément.).

d'évoluer avec le progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales, notamment dans la mesure où se répand une plus grande compréhension des problèmes des patients. »²²⁹⁴. La recommandation R(83) 2 du Comité des ministres des Etats-membres du Conseil de l'Europe « sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires » adoptée le 22 février 1983, reprend cette définition jurisprudentielle, rappelant que « [l]es difficultés d'adaptation aux valeurs morales, sociales, politiques ou autres, ne doivent pas être considérées en elles-mêmes, comme un trouble mental. »²²⁹⁵.

Outre cette appréciation à la lumière des conditions contemporaines de l'enfermement, le droit à la sûreté impose un certain nombre de conditions minimales garantissant l'absence d'arbitraire : outre une loi nationale accessible par le justiciable, précise, et, évidemment, antérieure à « l'arrestation »²²⁹⁶, il faut des preuves médicales solides « [...] révélant chez lui un état mental propre à justifier une hospitalisation forcée » fournies par « [...] une expertise médicale objective »²²⁹⁷. Le trouble doit être suffisamment grave ou préoccupant pour légitimer une telle atteinte à une liberté fondamentale de l'individu et sa durée ne peut excéder la persistance du trouble ainsi défini. Il exige enfin que l'internement soit entouré d'un certain nombre de garanties, notamment le contrôle possible de la décision et de la procédure par une autorité extérieure et indépendante²²⁹⁸ et un réexamen régulier de la mesure pour vérifier la persistance de sa légitimité. Ce droit au recours, issu de l'article 5§4 de la CEDH qui doit pouvoir être exercé à tout moment par la personne internée « [...] pour une durée illimitée ou prolongée [...] »²²⁹⁹, dans la limite du respect d'« intervalles raisonnables »²³⁰⁰ entre le dépôt de chaque requête, dès lors qu'aucun « [...] contrôle judiciaire périodique et automatique [...] »²³⁰¹ n'existe dans la législation du pays concerné, est réaffirmé dans la décision du 5 novembre 1981 « *X contre Royaume-Uni* ».

Une seule raison peut permettre, selon le droit européen, de contourner ces procédures : l'urgence. Dans cette unique situation, définie par la recommandation Rec (2004)10 du Comité des Ministres du 22 septembre 2004 comme une situation dans laquelle « [...] un risque important et immédiat de dommage grave pour la personne concernée ou pour autrui existe et le délai d'application des procédures normales serait donc inacceptable »²³⁰², la jurisprudence de la Cour²³⁰³, reprise par cette recommandation, retient l'absence d'exigence d'un « [...] examen médical approfondi préalable au placement [involontaire] »²³⁰⁴, ce dernier pouvant même être effectué valablement, précise la recommandation, « [...] au travers d'une porte si la personne s'est barricadée [...] »²³⁰⁵, à condition néanmoins que soient délivrées, au cours de cette simagrée d'examen, « [...] suffisamment d'informations pour répondre aux critères correspondant à la mesure concernée. »²³⁰⁶, et sachant que situation d'urgence sous-entend caractère exceptionnel,

²²⁹⁴ Arrêt Cour EDH, 24/10/1979, « *WINTERWERP c/ Pays-Bas* », req. n° 6301/73, § 37

²²⁹⁵ Article 2 de la Recommandation n°R (83) 2 du comité des ministres des Etats-membres du Conseil de l'Europe « sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires », adoptée le 22 février 1983.

²²⁹⁶ Le terme, à connotation fortement pénale et policière, est cependant utilisé par la Cour EDH y compris pour désigner la prise en charge de l'aliéné. Il est vrai qu'en français, le vocabulaire manque pour désigner cette phase bien particulière où les forces institutionnelles (médicales mais parfois aussi forces de l'ordre si la personne est dangereuse et que ce sont la police ou la gendarmerie qui sont d'abord alertées) se saisissent de la personne pour l'emmener à l'hôpital (au sens générique du terme).

²²⁹⁷ Arrêt Cour EDH, 24/10/1979, « *WINTERWERP c/ Pays-Bas* », req. n° 6301/73, § 39

²²⁹⁸ Cour EDH, 27/9/1990, « *WASSINK c/ Pays-Bas* », req. n° 12535/86, § 28 à 34

²²⁹⁹ Cour EDH, 5/11/1981, « *X contre Royaume-Uni* », req. n° 7215/75, § 52

²³⁰⁰ *Idem* § 52

²³⁰¹ *Idem* § 52

²³⁰² Recommandation Rec (2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres « relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux » et son exposé des motifs, adoptée le 22 septembre 2004, art. 21, § 160

²³⁰³ Arrêt Cour EDH, 5/11/1981 « *X contre Royaume-Uni* », préc., § 41

²³⁰⁴ Recommandation Rec (2004)10 du 22 septembre 2004, préc., art. 21, § 160

²³⁰⁵ *Idem* § 161

²³⁰⁶ *Idem* § 161

donc non durable : seuls des *maxima* de 48 à 72 heures semblent pouvoir être admis, au terme desquels, si la mesure devait se prolonger, elle devrait répondre aux exigences des procédures normales de « placement involontaire »^{2307 2308}. Dans tous les cas, la situation d'urgence ne restreint en aucune façon le droit au recours contre cette décision de placement de la personne hospitalisée dans ces conditions²³⁰⁹.

C'est principalement sur des affaires d'absence de délais raisonnables dans le temps mis par le juge judiciaire pour contrôler la nécessité de l'hospitalisation sans consentement et pour statuer sur une demande de mainlevée de la mesure qu'ont été rendues des décisions par la Cour européenne à l'encontre de la France et que cette dernière a été condamnée²³¹⁰. Ainsi que l'indiquent Philippe BERNARDET, Corinne VAILLANT et Thomaïs DOURAKI, cet état de fait est significatif car il montre que derrière l'affichage législatif du respect des droits, en l'occurrence par la mise en place de procédures adéquates, la mise en application «[...] *manque de rigueur* [...]» et ne respecte alors plus, dans les faits, les garanties imposées par la Cour Européenne²³¹¹. Poser des normes n'a en effet aucun intérêt, dans ce cadre, si des problèmes de délais viennent fausser ces garanties : la lenteur, en la matière, ôte le principal intérêt à la procédure en cause, en portant atteinte de manière appuyée aux droits de la personne, ne serait-ce que par la prolongation éventuellement illégitime d'un internement abusif. Cette obligation de statuer dans des délais raisonnables dans le cadre de ces saisines est reprise à son compte par la justice française²³¹².

L'état du droit français, en terme de privation de liberté par hospitalisation sous contrainte, est ainsi à la veille d'une importante réforme conceptuelle sur le plan des mesures mêmes, qui ne remet toutefois pas en cause l'architecture médico-administratif du système.

La situation comparative de l'impact de leurs institutions respectives sur les décisions d'hospitalisation sous contrainte et les décisions de privation de liberté dans le cadre pénal reste dans tous les cas identique à celle d'avant 1945 : alors que le corps médical garde sa double casquette d'expert certificateur sur les troubles motivant la décision, l'administration pénitentiaire est maintenue pleinement écartée de cette décision, en tout cas concernant l'entrée dans le monde carcéral.

II. DANS LE CADRE PENITENTIAIRE, UNE SITUATION LEGALE STABILISEE²³¹³

Cette situation de scission étanche entre l'autorité décidant de la mesure de privation de liberté et celle gérant l'institution d'enfermement pose dès lors un climat assez différent dans les deux institutions. La prison n'est pas maîtresse de ses flux et de ses stocks, n'ayant en principe pas de prise sur les entrées et les sorties. C'est ainsi que les chefs d'établissements doivent accueillir dans les maisons d'arrêt toute personne qui leur est confiée par l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse de prévenu ou de condamné (B). De la même manière, il leur est interdit de retenir de leur propre chef

²³⁰⁷ Vocabulaire utilisé par le droit européen pour désigner les hospitalisations sous contrainte.

²³⁰⁸ Recommandation Rec (2004)10 du 22 septembre 2004, préc., art. 21, § 163

²³⁰⁹ *Idem* § 164

²³¹⁰ Cf. notamment, Cour EDH, 18/6/2002, « *DELBECK c/ France* », req. n° 43125/98, § 34 à 38 ; 27/6/2002, « *D.M. c/ France* », req. n° 41376/88, § 29 à 31 ; 27/9/2002, « *L.R. c/ France* », req. n° 33395/96, § 31 à 38 ; 5/11/2002, « *Mme M. LAIDIN c/France* », req. n° 43191/98, § 20 à 30 ; 16/1/2007, « *M. MENVIELLE c/ France* », req. n°97/03, § 15 à 30

²³¹¹ Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI, C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, op. cit., 2002, p. 228

²³¹² Cf. par exemple CA de Paris, 1ère chb., 17/6/2004, « *Max VERMOTÉ c/ Préfecture des Hauts-de-Seine* », req. n°04/06710, préc., concernant une demande de mainlevée dans le cadre d'une hospitalisation d'office.

²³¹³ Tous les articles du Code de procédure pénale indiqués dans ce développement II correspondent à la numérotation en vigueur depuis l'entrée en vigueur des deux décrets n°2010-1634 et 2010-1635 du 23 décembre 2010.

une personne au-delà de ce qui a été décidé par décision judiciaire. Dès lors, les procédures de sortie de détention, dont la nature toujours judiciaire est ainsi bien confirmée, peuvent faire davantage intervenir l'administration pénitentiaire que leurs homologues d'entrée en détention ; elles n'en restent pas moins aussi strictement définies que ces dernières (C).

En outre, et de manière générale, les décisions de placement en détention, eu égard à la gravité de leurs enjeux, nécessitent le respect d'un certain nombre de principes directeurs, englobés sous le vocable de « droit à un procès équitable » et dont l'application est scrupuleusement surveillée, à la plus haute instance, par la Cour européenne des droits de l'homme (A).

A · LES REGLES CONSTITUTIVES DU DROIT AU PROCES EQUITABLE EN MATIERE PENALE

Doivent être respectées la présomption d'innocence (1) de même qu'une série de garanties procédurales (2), toutes participant au caractère équitable du procès « [...] *à la lumière duquel elles sont interprétées* »²³¹⁴ en retour.

§ 1. La présomption d'innocence

Ainsi, en premier lieu doit être respectée la présomption d'innocence, interdisant *a priori* de traiter une personne comme coupable avant qu'elle ne soit déclarée telle définitivement par un tribunal pénal. Principe-phare, avec les droits de la défense, de la matière pénale, il figure d'ailleurs à l'article 9 de la DDHC avant d'avoir été repris aux articles 11-1 de la DUDH, 6§2 de la CEDH et 14 du PIDCP. La teneur de ce principe n'est pas anodine en prison où se retrouvent incarcérées des personnes non jugées, les prévenus. Comme le rappelle Jean PRADEL²³¹⁵, le Code de procédure pénale français tient compte de ce statut particulier de la personne placée en détention provisoire, lui offrant dans la théorie un certain nombre d'égards quant à ses conditions d'enfermement : par exemple, l'octroi d'une cellule individuelle ou un plus grand nombre de visites autorisées. On sait pourtant que dans la pratique, la situation est inversée, les conditions déplorables des maisons d'arrêt venant s'ajouter à un certain nombre d'interdits ou d'absence de règles fixées et laissées à l'appréciation du juge d'instruction.

§ 2. Les garanties procédurales exigées par le droit à un procès équitable

En premier lieu, la personne a le droit d'être jugée par un tribunal de pleine juridiction, donc doté du « [...] *pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise* [...] »²³¹⁶, impartial et indépendant.

Il est incontestable et fondamental, tout d'abord, que les décisions de ce type, fortement attentatoires aux droits et libertés de l'individu, sont prises sans exception par un juge ou un tribunal. Cette juridiction doit être « [...] *établi[e] par la loi* [...] » selon le premier paragraphe de l'article 6 CEDH, et doit donc non seulement asseoir son existence sur une base légale mais également respecter toutes les règles d'incompatibilités, les possibilités de récusation de magistrats ou de membres du jury etc.

S'impose son indépendance, -renvoyant à la liberté du juge à l'égard du pouvoir exécutif par opposition à son impartialité qui s'estime à l'égard des parties-, appréciée sur des critères objectifs²³¹⁷ et subjectifs. Les premiers portent sur le statut du juge (procédé de désignation, durée

²³¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Classiques », 9 éd. (1989), 2008, p. 421

²³¹⁵ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, 2008, p. 708

²³¹⁶ Cour EDH, 23/10/1995, « SCHMAUTZER et alii c/ Autriche », req. n°15523/89, cité par F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, 2008, p. 375

²³¹⁷ Cour EDH, 28/6/1984, « CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni », req. n°7819/77 et n°7878/77, § 78

de son mandat, garantie d'inamovibilité ou quasi-inamovibilité, impossibilité statutaire de recevoir des instructions dans l'exercice de ses fonctions, protection contre les pressions extérieures)²³¹⁸. Pour un juge professionnel tel que le juge d'instruction, le JLD ou le juge d'application des peines, cette indépendance est statutaire, jouant ainsi comme une véritable garantie de l'intégrité de la décision prise sur ce plan. Quant aux critères subjectifs, ils jouent sur l'« *apparence d'indépendance* »²³¹⁹ que revêt le tribunal aux yeux du justiciable.

Figure également comme fondamentale l'impartialité du juge. L'impartialité subjective touche les convictions voire les *a priori* du juge ou d'un juré avant même que les débats aient eu lieu. Ainsi, des positions personnelles racistes²³²⁰ par exemple violent directement cette impartialité difficile à apprécier. En conséquence, est généralement posée une présomption d'impartialité subjective, jusqu'à ce que preuve contraire soit faite. Quant à l'impartialité objective, elle consiste « [...] à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier » pour reprendre les termes de la Cour européenne des droits de l'homme²³²¹. Depuis cet arrêt, la Cour est ainsi revenue à une « *conception concrète de l'impartialité objective* »²³²² en recherchant si objectivement les apparences laissent penser à une partialité d'un juge ou d'un juré et peuvent fonder des craintes recevables pour une juridiction. Il reste évident que cette nouvelle position de la Cour européenne reste assise sur « la théorie des apparences »²³²³ chère à cette instance. En conséquence est prohibé le cumul des fonctions de poursuite et d'instruction²³²⁴, d'instruction et de jugement²³²⁵ ainsi que de poursuite et de jugement sur une même affaire²³²⁶, aussi bien en droit européen qu'en droit français, et est posée toute une série d'incompatibilités permettant la récusation, -c'est-à-dire la possibilité d'écarter un juge sur une affaire donnée-, eu égard, par exemple, à ses alliances personnelles et privées avec une partie, qui jetterait le soupçon sur la décision rendue, ou encore avec un autre membre de la juridiction de jugement²³²⁷.

En deuxième lieu, « *publicité et célérité de la procédure* »²³²⁸ participent à la qualité de la justice rendue telle que définie dans l'expression « procès équitable ». Derrière l'impératif de

²³¹⁸ Cf. pour les règles de nomination des juges en France et les remarques critiques à cet égard, J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, pp. 40-41

²³¹⁹ Arrêt Cour EDH, 25/2/1997, « *FINDLAY c/ Royaume-Uni* », req. n°22107/93, cité par F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 402

²³²⁰ Arrêt Cour EDH, 23/4/1996, « *REMLI c/ France* », req. n°16839/90, où l'un des jurés de la Cour d'Assises devant juger un inculpé arabe s'était déclaré, en aparté, raciste.

²³²¹ Arrêt Cour EDH, 24/5/1989, « *HAUSCHILDT c/ Danemark* », req. n° 10486/83, § 48, cité par F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 405

²³²² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., 2008, p. 405

²³²³ La théorie des apparences peut se résumer par cette citation traduite de Lord HEWART : « *La justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être visible qu'elle est rendue*. ». Il ne suffit donc pas que les juges en leur for intérieur soient persuadés de leur intégrité, il faut également que le justiciable ait réellement l'impression que cette intégrité existe. Il est donc nécessaire que rien dans l'organisation fonctionnelle de la juridiction ou des procédures ne laissent peser un soupçon à cet égard.

²³²⁴ Tout un jeu de dispositions au sein du Code de procédure pénale garantissent l'indépendance du juge d'instruction à l'égard du ministère public (articles 81, 83, 84 du CPP et 131 CPP). Ceci dit, Jean PRADEL avoue que cette indépendance n'est pas totale, le Parquet pouvant engager des investigations avant de faire ouvrir une information judiciaire et pouvant ensuite « [...] s'immiscer constamment dans la marche de l'instruction [...] » (J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 31). Sans compter que dans la plupart des affaires, le juge d'instruction n'est pas saisi, l'enquête avant jugement étant menée par le Procureur de la République.

²³²⁵ Alinéa 2 de l'article 49 CPP et article 257 CPP (pour les magistrats de cour d'assises), les deux interprétés strictement par la jurisprudence. Cf sur ce sujet J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, pp. 32-36

²³²⁶ Par exemple, arrêt Cour EDH, 27/8/1991, « *DEMICOLI c/ Malte* », req. n°13057/87 et I de l'article préliminaire du Code de procédure pénale, introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, sachant qu'il s'agit d'un principe reconnu de longue date en droit pénal français (arrêt Cass. Crim. 28/2/1828, *Bull. crim.*, 1828, n°51). Cf. sur le sujet J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, pp. 37-38

²³²⁷ Cf sur ce sujet J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, pp. 41-43

²³²⁸ Expression empruntée à Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., 2008, p. 414

publicité se cache en effet la confiance en une justice rendue devant témoins. Le procès pénal se déroule ainsi toujours en audience publique, exception faite des huis-clos éventuellement prononcés pour des motifs de maintien de l'ordre public etc. En outre, le prononcé du jugement doit également se faire publiquement. Quant à la célérité de la procédure, c'est en réalité à la fameuse exigence du respect de « délais raisonnables » pour juger une personne à laquelle il est fait référence, renvoyant, selon Monsieur SUDRE à la crédibilité de cette justice, et en tout cas à son efficacité. La France est réputée pour être l'un des pays les plus fréquemment sanctionnés sur ce motif. La loi du 15 juin 2000 en a pourtant pris acte en faisant entrer cette exigence dans le code de procédure pénale par le biais de dispositions relativement dissuasives²³²⁹. Cette nécessaire rapidité ne doit cependant pas porter préjudice à la bonne administration de la justice, à la qualité des décisions. La Cour européenne des droits de l'homme en tient compte *via* une appréciation du caractère raisonnable sur la base de trois critères : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités nationales, notamment celle judiciaires directement impliquées, et ce au regard du contexte politique et social, ainsi qu'en tenant compte de l'enjeu que représente le litige pour le requérant.

En troisième lieu doivent figurer les incontournables « droits de la défense », présents aux article 6 §3 de la CEDH et 14 du PIDCP, reconnus comme PFLR par le Conseil constitutionnel²³³⁰ et déclinés sur la base de deux principes, celui de l'égalité des armes entre les parties et celui du contradictoire. L'égalité des armes, c'est l'idée de « *juste équilibre entre les parties* »²³³¹, d'une obligation pour l'Etat d'éviter l'existence d'une nette situation d'infériorité d'une partie par rapport à l'autre pour présenter sa cause. Le principe connaît sur ce point une affirmation en droit purement interne, le Conseil constitutionnel ayant déclaré que le respect des droits de la défense « [...] implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. »²³³². Ainsi, toutes les pièces obtenues au cours des enquêtes et des procédures diverses doivent pouvoir être communiquées également aux parties qui doivent avoir les mêmes moyens pour faire valoir leurs arguments, avoir accès aux mêmes voies de recours. Ce premier principe ouvre sur le second, le droit au contradictoire²³³³. Ce dernier se définit comme « [...] le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision. »²³³⁴. Or dans une acception *lato sensu* de la notion de partie, le juge européen s'est permis d'appliquer ces principes au ministère public pris en tant qu'« accusation », dans les rapports à établir avec la personne inculpée ou accusée notamment²³³⁵.

Les droits de la défense en eux-mêmes – définis par Monsieur PRADEL comme « [...] l'ensemble des prérogatives accordées à une personne pour lui permettre d'assurer la protection de ses intérêts tout au long du procès »²³³⁶ – doivent garantir une défense « [...] concrète et effective [...] »²³³⁷ de la personne concernée. Elle a ainsi le droit de garder le silence, notamment afin de ne

²³²⁹ Cf. description de ces mesures *infra*

²³³⁰ Décision du CC n°76-70 DC du 2 décembre 1976, « Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail », 2e cons., ou encore décision CC n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, « Loi renforçant la sécurité des personnes » dite « loi Sécurité et libertés », cons. 52. Cette valeur constitutionnelle a été reprise ensuite par la Cour de cassation (arrêt Cass, Ass. Plén., 30/6/1995, « BELHOMME », JCP G, 1995, II, n°22478, concl. M. JEOL et note A. PERDRIAU)

²³³¹ Arrêt Cour EDH, 27/10/1993, « DOMBO BEHEER B.V c/ Pays-Bas », req. n°14448/88, mais l'expression est présente, à quelques arrangements près, dans le I de l'article préliminaire du code de procédure pénale introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000

²³³² Décision Conseil constitutionnel n° 89-260 DC, du 28/7/1989, « Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers », *Recueil des décisions du CC*, 1989, p. 79, cons.44

²³³³ Inscrit dans le I de l'article préliminaire du code de procédure pénale introduit par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000

²³³⁴ Arrêt Cour EDH, 27/3/1998, « J.J. c/ Pays-Bas », req. n°21351/93, § 43

²³³⁵ Pour une critique violente de ce concept eu égard aux rapports entre ministère public, défenseur de l'intérêt général, et l'accusé, défenseur de ses propres intérêts, cf. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 354

²³³⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 353

²³³⁷ Arrêt Cour EDH, 13/5/1980, « ARTICO c/ Italie », req. n°6694/74, § 33

pas contribuer à sa propre incrimination, le « *droit de participer à son procès* »²³³⁸, ce qui implique d'une part qu'elle soit informée de manière précise et dans une langue qu'elle comprend des accusations portées contre elle, donc aussi bien la nature et la cause de l'accusation que les faits matériels justifiant cette accusation et la qualification juridique de ces éléments²³³⁹, d'autre part qu'elle puisse participer de manière effective à ce procès en assistant aux débats tout en les comprenant réellement (notamment sur le plan de la langue utilisée). En droit français, le droit à un interprète est, de manière générale, reconnu à toutes les phases de la procédure²³⁴⁰. Ceci dit, la présence physique n'est pas une obligation absolue de l'article 6 §3 CEDH mais un droit pour l'accusé ; dès lors une procédure se déroulant en l'absence de la personne en cause n'est pas par principe illégale ni contraire à la Convention européenne tant que les précautions sont prises pour s'assurer, le cas échéant, que la renonciation vient de la personne elle-même et qu'elle a accès à des voies de recours inconditionnelles permettant qu'une juridiction statue éventuellement à nouveau après l'avoir entendue.

Se rajoute, dans ce « panier » de droits que représentent les « droits de la défense », celui de « [...] *se défendre de manière adéquate* »²³⁴¹, soit d'avoir le temps de préparer sa défense dans des conditions permettant cette préparation de manière effective – notamment avoir accès à son dossier et communication des pièces de la procédure – en ayant accès, dès que cela est souhaité par la personne, à un défenseur de son choix²³⁴² – dans la procédure pénale française, l'assistance d'un avocat étant même obligatoire dans un certain nombre de situations, notamment pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²³⁴³ et devant la Cour d'assises²³⁴⁴. La personne concernée doit pouvoir s'entretenir avec ce défenseur aussi bien verbalement que par écrit, de manière secrète, et doit pouvoir être défendue à l'audience, même en son absence personnelle physique. La jurisprudence française exige simplement, dans ce dernier cas, qu'il apparaisse dans le dossier que le défenseur a reçu mandat pour ce faire.

Doit être mentionné pour terminer le droit d'interroger les témoins, c'est-à-dire autant d'interroger les témoins à charge et de contester leurs témoignages que de présenter des témoins à décharge, ces droits étant cependant encadrés par le droit interne afin d'éviter les abus.

La liste des implications de ces droits de la défense n'est cependant pas exhaustive tant leur déclinaison est fournie, adaptée aux situations les plus diverses auxquelles peuvent être confrontées la Justice et les personnes mises en cause ainsi dans des procédures pénales²³⁴⁵.

Ces droits de la défense apparaissent dans tous les cas suffisamment fondamentaux en droit français pour que leur violation emporte nullité de la procédure²³⁴⁶.

C'est donc dans le respect de ce carcan juridique principal nécessaire que peuvent être adoptées des décisions privatives de liberté *a priori* admissibles dans un état de Droit d'essence libérale.

²³³⁸ Expression empruntée à Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., 2008, p. 428

²³³⁹ En droit français à l'article 114 CPP

²³⁴⁰ Articles 102 et 121 CPP pour l'instruction, 272, 344, 407 pour le jugement. S'y rajoute, plus spécialement visant l'interprète en langue des signes les articles 63-1 pour l'enquête, et 345 et 408 pour le jugement, ce langage étant introduit dans les articles 102 et 121 pour l'instruction. Concernant les témoins, le même type de dispositions est pris par les articles 344 (témoin maîtrisant mal la langue française) et 443 (témoin sourd-muet)

²³⁴¹ Expression empruntée à Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, op. cit., 2008, p. 431

²³⁴² La présence de l'avocat est inscrite de manière récurrente dans le Code de procédure pénale, à quasiment toutes les étapes de la procédure (interrogatoires au cours de l'instruction, audience de jugement, etc.). Cf. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 354

²³⁴³ Article 495-9 CPP

²³⁴⁴ Article 317 CPP

²³⁴⁵ Sur ce point, cf. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 355

²³⁴⁶ Interprétation est faite en ce sens par la jurisprudence française de l'article 171 CPP.

B · LE PLACEMENT EN DETENTION

Deux situations créent deux formes de décisions de privation de liberté menant l'intéressé dans le sein de l'institution pénitentiaire : la détention provisoire (1) et la condamnation à une peine de prison (2).

§ 1. La mise en détention provisoire

Pour cette décision de placement en incarcération, l'Administration pénitentiaire est complètement passive. En effet, contrairement à la décision de privation de liberté en tant que punition, sur laquelle elle peut influencer indirectement quant à sa durée et ses aménagements, elle se doit cette fois d'héberger inconditionnellement et sans autre ambition tous les détenus provisoires qui lui sont confiés par l'autorité judiciaire ... ce qui ne la dispense pas de les accueillir dans de bonnes conditions.

L'acte de mise en détention provisoire est, comme l'analyse Jean PRADEL, à la fois nécessaire dans un certain nombre de situations²³⁴⁷ et terriblement grave, obligeant la décision à être longuement réfléchie avant d'être prise. Nécessaire, en effet, pour s'assurer de délinquants peu enclins à rester à la disposition de la justice ou fort enclins, au contraire, à détruire des preuves, exercer des pressions sur témoins ou victimes ou à commettre d'autres actes propres à corrompre voire rendre impossible l'enquête et la découverte de la vérité. Elle est par ailleurs lourde d'impacts désavantageux sur les plans d'abord psychologique et social. En outre, Jean PRADEL y voit une réelle « *présomption de culpabilité* » s'abattant irrémédiablement sur le prévenu, à l'égard des autres d'abord, mais également, plus injustement, sur un plan juridique où les juges vont être incités à forcer éventuellement la condamnation afin de « *couvrir* » toute la durée de la détention provisoire effectuée : celle-ci doit normalement s'imputer sur la durée de la sanction prononcée et, si elle a été induite, doit être dédommée²³⁴⁸, dépenses à la charge de l'Etat que les juges veulent épargner aux dépenses publiques.

Eu égard à ces enjeux, la détention provisoire non seulement est aujourd'hui l'exception face au principe du maintien en liberté du prévenu, placé le cas échéant sous contrôle judiciaire ou, depuis la loi du 24 novembre 2009, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ²³⁴⁹, mais elle est en outre, depuis la loi du 15 juin 2000, encadrée de manière beaucoup plus stricte que par le passé afin que la déclaration de la qualité de « mesure exceptionnelle » présente dès le CPP de 1959 soit enfin une réalité effective. Cela se joue aussi bien sur le plan de la décision de placement que sur la durée de la mesure.

Jusqu'à la loi du 15 juin 2000, le juge d'instruction était l'autorité compétente pour prononcer le placement en détention provisoire dans le cadre des enquêtes qu'il instruisait. C'est dorénavant au juge des libertés et de la détention que le juge d'instruction doit s'adresser pour obtenir ce placement : il y a en effet désormais dissociation de l'autorité décidant de la privation de liberté et de celle menant les recherches et montant le dossier à charge et à décharge dans une affaire, ceci paraissant une garantie nécessaire du bien-fondé du placement, de l'absence de détournement de procédure à fins de pression sur la personne détenue, préventivement notamment. De toute évidence, la théorie des apparences n'a pas été étrangère à cette modification organisationnelle qui ne fait pas l'unanimité dans la doctrine²³⁵⁰.

Ce juge des libertés et de la détention (JLD), choisi selon des critères privilégiant un juge du siège déjà aguerri, doit ordonner le placement en détention, après débat contradictoire, ordonner,

²³⁴⁷ L'article 5 §1 de la CEDH le reconnaît d'ailleurs, en posant une définition dans ses exceptions à l'interdiction de priver un individu de sa liberté, au point c/.

²³⁴⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 689

²³⁴⁹ Cf. alinéa 1er de l'article 144 CPP

²³⁵⁰ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 692

le cas échéant, la prolongation de la détention à l'expiration des délais posés par la loi, statuer sur les demandes de mise en liberté formulées par le prévenu placé en détention et auxquelles le juge d'instruction n'a pas répondu favorablement, et enfin ordonner de révoquer une mise sous contrôle judiciaire prescrite, pour sa part, par le juge d'instruction et de placer la personne en détention dans les cas de violation des obligations accompagnant la mise sous contrôle. Dans ces quatre cas de figure, le JLD est en fait saisi par le juge d'instruction qui reste donc maître du choix de le saisir ou non, sachant que les actes ci-dessus mentionnés ne peuvent être obtenus qu'en passant par ce juge unique. Il apparaît avec netteté le caractère libéral donné à la réorganisation de la décision de placement en détention provisoire ainsi opérée : seules les décisions dans le sens de la privation de liberté exigent ce deuxième regard judiciaire et normalement neuf sur l'affaire. Par contre, les décisions libérales telles que la fin de la détention peuvent s'obtenir sans passer nécessairement par cette juridiction.

Plusieurs conditions de fond président à la possibilité de prononcer un placement en détention provisoire : en premier lieu, doit être prise en compte la durée de l'infraction encourue²³⁵¹, seuls les délits amenant à encourir une peine d'au moins trois ans de prison (en comptant le cas échéant l'aggravation de cette peine due à une récidive) ouvrant possibilité d'un tel placement. En outre, les situations pouvant justifier une telle détention sont définies légalement et listées, au nombre de sept, à l'article 144 CPP. La décision du juge doit dès lors être motivée en référence à l'une de ces situations.

Quant à la procédure de mise en détention provisoire, elle exige un débat contradictoire entre l'accusation et la défense devant le JLD assisté de son greffier²³⁵² suite à saisine du JLD par le juge d'instruction. En réalité, le parquet sera souvent à l'origine de la demande, ayant lui-même saisi le juge d'instruction afin qu'il agisse en ce sens. Le « double regard » de deux juges du siège joue ainsi pleinement, le juge d'instruction devant en outre rendre une ordonnance motivée quel que soit le sens de celle-ci et qui doit être immédiatement transmise au procureur, ce dernier pouvant ainsi faire appel ou, dans des cas bien particuliers de délits très graves ou de crimes, saisir lui-même le JLD.

Suite à sa saisine, le JLD, ayant pris connaissance du dossier et ayant recueilli, s'il l'a estimé utile, les observations de la personne assistée de son avocat, décide soit de ne pas donner suite à cette demande de placement mais de lui substituer, par exemple, une mise sous contrôle judiciaire, soit d'envisager une détention provisoire, auquel cas doit s'ensuivre le débat contradictoire entre l'intéressé et son défenseur d'une part, le ministère public d'autre part. Cette audience respecte les principes du procès équitable, notamment celui de publicité, par principe, de l'audience depuis la loi du 5 mars 2007²³⁵³.

Au terme de ce débat, le juge rend sa décision : soit il refuse le placement en détention, auquel cas le procureur est immédiatement prévenu et a la possibilité de former un « référé-détention ». Cette marge de manœuvre devant être laissée au procureur impose l'absence de remise en liberté de la personne en cause durant les quatre heures de la notification, délai qui doit lui laisser le temps de former son référé s'il le souhaite. Soit il juge qu'il y a lieu à placer la personne en détention provisoire ; il émet alors une ordonnance « *spécialement motivée* »²³⁵⁴ en ce sens, devant « [...] *comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de détention par référence aux dispositions des articles 143-1 et 144 CPP.* ». Notification verbale et écrite est faite à la personne mise en examen.

Quant à la durée possible pour ces maintiens en détention provisoire, elle repose sur une

²³⁵¹ Article 143-1 CPP

²³⁵² Alinéa 2 de l'article 137-1 CPP

²³⁵³ Loi n°2007-291 du 5 mars 2007. Auparavant, l'audience se déroulait en principe en secret, possibilité restant au prévenu de demander la publicité du débat. Le JLD statuait alors par ordonnance. Des exceptions permettent encore à l'heure actuelle un déroulement secret, notamment sur demande du parquet ou de la personne mise en examen elle-même.

²³⁵⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 698

conjugaison de délais, l'un non chiffré, les autres chiffrés. Le délai non chiffré correspond en réalité à l'application du paramètre du « délai raisonnable », notion issue de l'article 5 § 3 CEDH et valable aussi bien en matière correctionnelle que criminelle. Un délai de durée, mais celle-ci étant nécessairement incertaine, variant car appréciée en fonction « [...] *de la gravité des faits reprochés [...] et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité* »²³⁵⁵, qui permet, et même exige, la remise en liberté « *immédiate* », éventuellement sous contrôle judiciaire, de la personne mise en examen dès que ces conditions ainsi que celles de l'article 144 CPP ne sont plus remplies, et ce alors même que le « délai chiffré » autorisé pour la détention provisoire prononcée dans la matière correspondante aux faits reprochés n'est pas écoulé. En conséquence, il faut lire les délais chiffrés comme des *maxima*.

Ces délais, précisément, varient pour leur part en fonction de la nature de l'affaire. En matière criminelle, l'article 145-2 CPP dispose que, par principe, la détention provisoire ne doit pas dépasser une année, des dépassements renouvelables de six mois en six mois étant néanmoins possibles, mais uniquement prononcés par ordonnance motivée prise après débat contradictoire et indiquant « [...] *le délai prévisible d'achèvement de la procédure* »²³⁵⁶. En outre, un plafond pour les renouvellements est fixé à deux ans à partir de la date d'entrée en détention si la peine encourue est inférieure à vingt ans de prison et à trois ans pour « [...] *les autres cas* »²³⁵⁷, une exception pouvant porter à quatre ans cette durée dans des cas d'affaires complexes²³⁵⁸. De même, très exceptionnellement, la chambre de l'instruction peut prolonger encore deux fois de suite de quatre mois cette durée²³⁵⁹. En matière correctionnelle, les durées ne sont pas du même ordre, et ces délais sont eux-mêmes répartis en ce que Jean PRADEL définit comme un « régime de faveur » et un « régime de rigueur ». Dans le premier, s'adressant aux mis en examen non déjà condamnés pour crime ou délit de droit commun à une peine d'emprisonnement sans sursis de plus d'un an et encourant une peine maximale de cinq ans de prison, la détention provisoire ne peut excéder quatre mois. Au-delà de ce délai, le juge d'instruction doit nécessairement revenir au contrôle judiciaire. Comme l'explique Monsieur PRADEL, l'idée du législateur était ici de fixer un temps amplement suffisant pour éclaircir des affaires « simples » et concernant de potentiels « petits délinquants ». L'obligation de célérité exigée de la justice tient ici le juge de manière stimulante et prégnante²³⁶⁰. Quant au second, le dit « régime de rigueur », il concerne les « [...] *autres cas* [...] »²³⁶¹ et s'applique « [...] *à titre exceptionnel* [...] », une graduation de la rigueur étant effectuée de manière identique à ce qui a été signalé en matière criminelle : pour les délinquants présumés mis en examen pour une infraction non grave²³⁶², la détention peut être prolongée pour quatre mois et est renouvelable jusqu'à un délai-butoir d'une année, les renouvellements étant là-aussi, décidés après débat contradictoire et sur ordonnance motivée du JLD. Par contre, pour les personnes ayant agi « [...] *hors du territoire national* [...] »²³⁶³ ou étant présumés avoir commis une infraction grave, le délai-butoir est élevé à deux ans. La même exception extrême que celle mentionnée pour la matière criminelle, faisant intervenir la chambre de l'instruction, peut permettre là encore une prolongation de quatre mois²³⁶⁴.

Quant à la date servant de point de départ de ces délais chiffrés, ils partent du mandat de

²³⁵⁵ Alinéa 1er de l'article 144-1 CPP

²³⁵⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 701. Cette dernière exigence est jurisprudentielle : arrêt Cass. crim., 22/9/1999, req. n° 99-84.604, *Bull. crim.*, 1999, pp. 613-614, n° 192

²³⁵⁷ Alinéa 2 de l'article 145-2 CPP

²³⁵⁸ Infraction commise hors du territoire national alors que la peine encourue est supérieure à vingt ans de prison, personne « [...] *poursuivie pour plusieurs crimes mentionnés aux livres II et IV du code pénal ou pour trafics de stupéfiants, terrorisme, proxénétisme, extorsion de fonds ou pour crime commis en bande organisée.* » (alinéa 2 de l'article 145-2 CPP)

²³⁵⁹ Cf. alinéa 3 de l'article 145-2 CPP

²³⁶⁰ Cf. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 702

²³⁶¹ Alinéa 2 de l'article 145-1 CPP

²³⁶² Les infractions considérées comme graves sont le trafic de stupéfiants, les actes de terrorisme, l'association de malfaiteurs, le proxénétisme, les extorsions de fonds et les infractions commises en bande organisée (cf. J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2008, p. 703)

²³⁶³ Alinéa 2 de l'article 145-1 CPP

²³⁶⁴ Alinéa 3 de l'article 145-1 CPP

dépôt lorsque seul cet acte a été émis par le juge d'instruction, mais de la date d'exécution du mandat d'amener lorsqu'un tel acte a précédé le mandat de dépôt²³⁶⁵.

§ 2. La privation de liberté comme peine

La peine de prison est ainsi prise, à l'heure actuelle, au terme d'une procédure respectant tous les principes sus-mentionnés garantissant une certaine justice, certes humaine mais que l'on a voulu au plus proche de la vérité et de l'équité. En conséquence, choix et mesure de la sanction tiennent compte, au-delà des faits objectifs et de la gravité de l'infraction, de toute une série de paramètres circonstanciés comme le contexte socio-économique, le comportement de la victime etc, mais aussi de facteurs subjectifs tenant à la personnalité de l'auteur. Tout un panel de peines alternatives à la prison mais aussi de peines aménagées existent en effet dans le droit pénal français, permettant d'éviter à l'intéressé la prison ferme : pour exemples, on peut citer le Travail d'Intérêt Général (TIG), pour les premières, le sursis avec ou sans mise à l'épreuve, la semi-liberté ou le placement sous surveillance électronique pour les secondes.

La loi du 24 novembre 2009, dans la continuité de la politique d'évitement des courtes peines entamée par le législateur dans la loi du 9 mars 2004 a renforcé les conditions permettant le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis, en exigeant qu'elle ne soit qu'une solution de dernier recours, et que soient cumulées les trois conditions-clefs de gravité de l'infraction, de personnalité de l'auteur rendant nécessaire une telle peine et d'inadéquation manifeste de toute autre peine²³⁶⁶. Cette même loi a instauré en outre une « *obligation relative d'aménagement* [de peine] »²³⁶⁷ pour toute peine d'emprisonnement prononcée inférieure ou égale à deux ans²³⁶⁸ : l'article 132-24 CP impose cet aménagement « [...] *sauf impossibilité matérielle* [...] » ou si « [...] *la personnalité et la situation du condamné* [...] » ne le permettent pas.

Circonstances atténuantes et aggravantes viennent ainsi participer à la modulation de la gravité de la sanction. Ceci dit, cette délibération sur la sanction n'a lieu que si la culpabilité de la personne a préalablement été reconnue, les deux phases du délibéré se succédant immédiatement dans le temps, en droit français, et étant décidée par les mêmes juges.

La mise en détention est ensuite opérée par le ministère public chargé de l'exécution des peines selon l'article 707-1 CPP – procureur de la République ou procureur général, selon que la décision a été rendue en première instance ou en appel – qui émet, en direction du condamné resté libre au terme de l'audience de jugement, un « avis d'avoir à se constituer prisonnier » dans l'établissement désigné par le document et à la date fixée et, en direction du surveillant-chef, l'extrait de la décision de jugement ou d'arrêt en vertu de laquelle la personne est placée en détention.

C · LA FIN DE LA DETENTION

Parallèlement aux entrées en détention, détention provisoire (1) et condamnation (2) ont chacune leur terme et leurs modalités de sortie, pouvant se décliner au gré de plusieurs possibilités dans chaque cas.

§ 1 · La fin de la détention provisoire

La détention provisoire peut prendre fin en cours d'instruction, sur décision délibérée du juge d'instruction ou du JLD, ou bien suite à une demande en ce sens de la personne mise en examen

²³⁶⁵ Cette nouvelle position découle de la considération, par la loi du 9 juillet 1984, que « [...] *la privation de liberté subie en exécution d'un mandat d'amener* [...] » devait s'imputer sur la durée de la peine, ce qui implique un démarrage de la détention provisoire à la date de début d'exécution du mandat d'amener.

²³⁶⁶ Alinéa 3 de l'article 132-24 CP dans sa rédaction issue de l'article 65 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. Mais les condamnés en état de récidive légale sont exclus du bénéfice de cette mesure.

²³⁶⁷ Expression reprise à Pierrette PONCELA, « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC*, 2010, p. 193

²³⁶⁸ Un an en cas de récidive légale

elle-même ou de son défenseur. Dans le premier cas, le juge d'instruction prononcera la remise en liberté d'office, après avoir pris connaissance de l'avis du parquet sur la question²³⁶⁹, de son propre chef ou sur réquisition en ce sens du procureur de la République²³⁷⁰. Le JLD, pour sa part, pourra être saisi des réquisitions du Ministère public tendant à la mise en liberté, que le juge d'instruction aurait refusé de suivre et qu'il lui aura alors fait parvenir accompagnées de son avis motivé. Or rien ne l'empêchera de se rendre à l'avis du ministère public et d'effectivement prononcer la mise en liberté, sa décision devant être exprimée « [...] *dans le délai de trois jours ouvrables* »²³⁷¹.

La plupart du temps, cependant, cette remise en liberté est demandée par la personne détenue. Deux moyens s'offrent à elle pour agir en ce sens : elle peut, en premier lieu, faire une demande au juge d'instruction qui doit communiquer dans l'immédiat le dossier au parquet afin qu'il exprime son avis sur le sujet et retourne le dossier au juge. Ce dernier doit alors prendre une décision dans les cinq jours suivant la communication au ministère public. S'il répond favorablement à la demande, la personne est remise en liberté. S'il refuse cet élargissement, il transmet le dossier, augmenté de son avis motivé, au JLD qui va décider, dans les trois jours ouvrables par ordonnance motivée²³⁷². En second lieu, la personne détenue provisoirement peut également demander sa mise en liberté à la chambre de l'instruction si elle n'a pas été appelée à comparaître devant le juge d'instruction depuis plus de quatre mois. Disposition introduite par une loi du 6 août 1975²³⁷³, elle « [...] *répond*, comme le fait remarquer Jean PRADEL, *à une préoccupation d'ordre psychologique* [...] »²³⁷⁴, visant à éviter le sentiment d'abandon du mis en examen par son juge, l'impression de son oubli alors qu'il est enfermé.

Ces demandes d'élargissement sont soumises à un formalisme précis²³⁷⁵ et d'ordre public, sans compter que la demande est toujours conditionnée à l'engagement par le mis en examen concerné « [...] *de se représenter à tous les actes de la procédure aussitôt qu'[il] en sera requis* [...] *et de tenir informé le magistrat instructeur de tous ses déplacements.* »²³⁷⁶ et peut être subordonnée à un placement sous contrôle judiciaire, avec éventuellement des contraintes particulières définies au cas par cas par le juge, ou à un cautionnement à verser avant la mise en liberté.

Ces remises en liberté en cours d'instruction n'empêchent pas, d'une part, que la personne sous contrôle judiciaire qui ne respecterait pas ses engagements soit replacée en détention provisoire²³⁷⁷, d'autre part qu'elle le soit également à nouveau si « [...] *des circonstances nouvelles entrant dans les prévisions des articles 144 et 145 CPP et justifiant une nouvelle incarcération* »²³⁷⁸ venaient à se révéler.

La détention provisoire prend également fin de droit en matière correctionnelle, cette fois, à la clôture de l'instruction. Cependant, une remise en liberté entre la fin de la phase d'instruction et celle de jugement n'étant pas toujours souhaitable, le juge peut décider d'un maintien en détention par le biais d'une ordonnance distincte de celle de règlement et « [...] *spécialement motivée* [...] *par référence aux 2°, 4°, 5° et 6° de l'article 144* ». Cette ordonnance cesse cependant de produire ses

²³⁶⁹ Alinéa 1er de l'article 147 CPP

²³⁷⁰ Alinéa 2 de l'article 147 CPP

²³⁷¹ Alinéa 2 de l'article 147 CPP

²³⁷² Alinéa 3 de l'article 148 CPP. Le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa réponse à une question prioritaire de constitutionnalité du 17 décembre 2010 que la demande de mise en liberté formée par le détenu provisoire dans ce cadre ne peut pas être rejetée « [...] *sans que le demandeur ou son avocat ait pu avoir communication de l'avis du juge d'instruction et des réquisitions du ministère public* [...] ». Cette réserve d'application de l'article 148 CPP est applicable depuis la date de publication de la décision, à savoir le 19 décembre 2010 (Conseil constitutionnel, décision n°2010-62 QPC, 17/12/2010, « *M. David M.* », cons. 7).

²³⁷³ Loi n° 75-701 du 6 août 1975

²³⁷⁴ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, 2008, p. 706

²³⁷⁵ Décrit aux articles 148-6 et 148-8 CPP

²³⁷⁶ Alinéa 1er de l'article 147 CPP

²³⁷⁷ Alinéa 2 de l'article 143-1 CPP

²³⁷⁸ J. PRADEL, *Procédure pénale*, *op. cit.*, 2008, pp. 706-707, appuyé sur la décision Cass. crim., 15/2/1995, req. n° 94-85.570, *Bull. crim.*, 1995, pp. 169-170, n° 71

effets au terme d'un délai de deux mois après l'ordonnance de renvoi devant la juridiction *ad hoc* si le tribunal n'a pas entamé l'examen au fond de l'affaire. Des dispositions exceptionnelles garantissent cependant d'une remise en liberté inopportune alors que « [...] *l'audience sur le fond ne peut se tenir avant l'expiration de ce délai* [de deux mois] »²³⁷⁹, la décision ordonnant la prolongation du maintien en détention devant alors mentionner « [...] *les raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement dans les deux mois* [...] ». Cette nouvelle prolongation vaut également pour deux mois et peut être renouvelée une fois. Au terme de ces six mois cumulés, l'élargissement est de droit si le tribunal n'a toujours pas débuté l'examen de l'affaire²³⁸⁰.

En matière criminelle, par contre, la personne poursuivie placée en détention provisoire le reste par principe jusqu'à son jugement par la Cour d'assises, le mandat de dépôt originel étant considéré comme gardant force exécutoire dans ce contexte. Deux exceptions peuvent cependant être sollicitées : l'accusé peut demander sa remise en liberté, comme le droit lui en est reconnu par l'alinéa 1er de l'article 148-1 CPP « [...] *à toute période de la procédure* ». En outre, un accusé n'ayant pas comparu devant une Cour d'assises à l'expiration d'un délai d'un an à partir de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue définitive est remis en liberté de droit et immédiatement. Cependant, comme en matière correctionnelle, et *a fortiori* étant donné la gravité plus importante des faits reprochés, les mêmes décisions de prolongation exceptionnelle peuvent être prises, par la chambre de l'instruction et pour six mois cette fois, renouvelable une fois. A l'échéance de ces deux ans de détention provisoire cumulés au-delà du terme de l'instruction, la remise en liberté est immédiate si l'accusé n'a toujours pas comparu devant sa juridiction de jugement²³⁸¹.

Une mise en détention provisoire ne reste pas sans effet sur la suite de la procédure. Si la personne est effectivement condamnée à une peine de prison, le temps passé en détention provisoire s'impute sur celui de la peine prononcée, pouvant éventuellement amener le délinquant à ne pas retourner en prison, la durée de sa peine ayant déjà été effectuée préalablement au jugement²³⁸². Si la personne bénéficie d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement, elle peut, depuis une loi du 17 juillet 1970²³⁸³, obtenir réparation du préjudice que lui a causé cette détention²³⁸⁴. La loi du 15 juin 2000 a assoupli les conditions d'obtention de cette réparation en ne la basant plus que sur la preuve de l'existence d'un préjudice en lien avec cette détention, sans plus de seuil de gravité ou d'anormalité. Par contre, aucune réparation « [...] *n'est due* [...] », selon l'article 149 CPP, entre autres, si la décision de non-lieu, relaxe ou acquittement s'assied sur une reconnaissance de trouble mental et d'irresponsabilité pénale de la personne ou sur une amnistie des faits postérieure à la mise en détention.

§ 2. La fin de la peine de prison

Le mode de sortie le plus évident paraît et reste le terme de la peine. Pourtant, l'administration pénitentiaire oeuvre pour que cette sortie cesse alors d'être une « sortie sèche », et soit au contraire préparée à l'avance autant psychologiquement chez le détenu et ses proches que socialement et matériellement, afin qu'il trouve, une fois les portes de l'établissement pénitentiaire définitivement franchies, un lieu où aller, et qu'il ne soit pas totalement démuné sur les plans alimentaire et matériel pour les jours suivants cette sortie.

Le problème n'est pas uniquement financier mais porte également sur un véritable réapprentissage de la vie dehors, une réappropriation de sa liberté de mouvement et de décision, des gestes quotidiens, après l'habitude étendue sur de longues années parfois, de s'être fait servir et

²³⁷⁹ Alinéa 5 de l'article 179 CPP

²³⁸⁰ Alinéa 5 de l'article 179 CPP

²³⁸¹ Alinéas 7 à 9 de l'article 181 CPP

²³⁸² Article 716-4 CPP

²³⁸³ Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970

²³⁸⁴ Articles 149 à 150 CPP

d'avoir été complètement infantilisé sur la gestion de sa vie quotidienne. Même fermer une porte est devenu un geste incongru pour le détenu. Comment peut-il alors se rappeler comment se comporter dans un magasin ou un bus ? *A fortiori*, comment parviendra t-il à se repérer entre les divers organismes sociaux, choisir ceux dont il aura besoin, exprimer ses demandes ? Quelle impression fera t-il à un employeur potentiel ? Si une telle perte de repères par perte de contact avec la vie sociale quotidienne à l'extérieur ne concerne pas véritablement les courtes peines, la durée de l'incarcération ne leur ayant pas laissé le temps de perpétrer son effet dévastateur, elle nécessite un travail de longue haleine, largement en amont de la sortie pour les condamnés à de longues peines²³⁸⁵.

En conséquence, la doctrine des SPIP, encouragée par le législateur, s'appuie sur l'idée de préparer la sortie dès l'entrée en incarcération afin de profiter du temps de peine pour construire la future réinsertion dans la société et d'éviter une récidive²³⁸⁶ : ainsi, mission est donnée à ces services de « [...] permettre au détenu de préparer sa libération dans les meilleures conditions »²³⁸⁷, le travail des Conseillers d'Insertion et de Probation (CIP) étant d'aider le détenu à définir son projet d'exécution de peine, à l'orienter dans ses démarches voire d'y apporter une aide plus consistante, selon les capacités et les désirs du détenu. Il s'agit de constituer les dossiers nécessaires à une obtention de RSA, pour éventuellement refaire des papiers d'identité, pour trouver un logement, entrer en contact avec Pôle emploi etc. C'est en ce sens également que travaille une création telle que le Projet d'Exécution de Peine (PEP) qui cherche à « [...] donner un sens à la peine [...] » en s'appuyant notamment sur la formation professionnelle et le travail. Suite à la loi du 24 novembre 2009, le Code de procédure pénale, fortement remodelé par les décrets d'application, s'est vu augmenté d'un article consacré spécialement à la fin de peine prise sous cet angle social et de réinsertion : il exhorte à la mise en place « [...] au cours de la dernière période de l'incarcération, [d']une préparation active à [l']élargissement conditionnel ou définitif, en particulier sur le plan socioprofessionnel [des condamnés]. »²³⁸⁸ et renvoie à l'utilisation du placement à l'extérieur ou du régime de semi-liberté comme possibilité de mise en oeuvre de cette « préparation ».

Au-delà de ce travail général en amont, des mesures plus spécifiques peuvent être décidées par le juge d'application des peines²³⁸⁹, comme le placement dans un centre pour peine aménagée, en semi-liberté ou en placement à l'extérieur²³⁹⁰, ce qui permet au détenu de passer une part de son temps hors de prison et de préparer activement sa réinsertion, ne serait-ce qu'en se réhabituant simplement au contact avec la société normale et ses composantes durant les temps de travail, tel que cela se fait en semi-liberté. La sortie s'opérera ainsi en douceur. Un autre aménagement de peine, plus poussé encore mais toujours dans la même optique, prend la forme de la libération conditionnelle, décidée cette fois soit par le juge d'application des peines pour les peines n'excédant pas dix ans d'emprisonnement, soit par le tribunal de l'application des peines pour les peines dépassant ces dix ans²³⁹¹.

De manière générale, quel qu'ait été le type d'incarcération, -détention provisoire ou peine-, le jour-même, la sortie est matérialisée par « la levée d'écrou », soit l'inscription sur l'acte d'écrou

²³⁸⁵ Ainsi, à la maison centrale d'Ensisheim accueillant des personnes pouvant être condamnées à perpétuité avec période de sûreté de trente ans, c'est cinq ans avant la sortie que le travail de fond visant à une bonne réintégration dans la société commence ([source](#) : *La prison vue de l'intérieur*, op. cit., 2007, p. 290)

²³⁸⁶ On notera que toute une section du Code de procédure pénale est consacrée à « l'aide à la sortie de détention » (articles D. 478 à D. 484 CPP)

²³⁸⁷ Article D. 478 CPP

²³⁸⁸ Nouvel article D. 85 CPP, issu du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010

²³⁸⁹ Cf. au sujet de l'autorité proposant et décidant de ces aménagements de peine, les modifications, dans le sens de déjuridictionnalisation opérées par le décret du 16 novembre 2007 et la loi du 24 novembre 2009 dans le cadre de procédures d'application des peines dites simplifiées. Il s'agit d'extension des pouvoirs des SPIP pour les aménagements de peine ainsi qu'une intensification de l'intervention du parquet à ce niveau du processus pénal. Le juge d'application des peines tend à ne plus devenir que le « juge de l'incident » (cf. M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJP*, 2009, n°12/2009, pp. 483-486)

²³⁹⁰ Autant de mesures auxquelles renvoie explicitement le Code de procédure pénale pour ces situations *via* l'article D. 85 notamment

²³⁹¹ Cf. notre présentation de cette mesure *supra* pp. 187 et s.

de la date de sortie et l'annexion à cet acte « [...] *de la décision ou du texte ayant motivé la libération.* »²³⁹². Le détenu se voit, pour sa part, remettre un billet de sortie « [...] *justifi[ant] de la régularité de sa libération* »²³⁹³ et indiquant à la fois les ressources dont le détenu dispose au jour de sa libération et plusieurs adresses utiles en vue de sa réinsertion, notamment l'adresse du SPIP ou son antenne locale au lieu de résidence de la personne libérée et celle du service de Pôle emploi local.

A partir du moment où la sortie devient de droit, le moindre maintien en détention au-delà de cette date est considéré comme une séquestration abusive et sans titre, enfreignant toutes les règles de droit à la sûreté reconnues par le droit français. Il est donc primordial pour l'administration pénitentiaire de faire sortir, même contre leur gré, tous les détenus au jour de cette date-butoir, ce qui peut amener des problèmes sociaux individuellement graves pour des personnes n'ayant pas de lieu d'accueil à la sortie de prison et qui se retrouvent seules et perdues à la porte de l'établissement pénitentiaire. C'est notamment contre ce type de situations peu humaines que doivent lutter les CIP en incitant les personnes à préparer leur sortie voire en opérant eux-mêmes les démarches nécessaires pour leur trouver un gîte les premières nuits. Encore faut-il que cette attitude soit possible, alors que la sortie d'une personne placée en détention provisoire peut être imprévisible. En conséquence, le code de procédure pénale demande à ce que tous les détenus libérables un jour donné le soient avant midi²³⁹⁴. En outre, si malgré tout, un détenu voit sa levée d'écrou opérée en fin de journée, le code organise une exception à l'obligation de départ immédiat de la prison s'il émet une « [...] *demande expresse et formulée par écrit [...] que son élargissement effectif soit reporté du soir au lendemain matin, s'il n'est pas assuré d'un gîte ou d'un moyen de transport immédiat.* »²³⁹⁵.

A sa sortie est rendu au libéré l'ensemble de ses affaires confisquées le jour de l'admission, à la première fouille, ou consignées (objets de valeur etc.) de même que l'argent lui appartenant, issu notamment de son pécule de libération constitué durant son temps de peine. Plusieurs aides matérielles peuvent être octroyées aux plus démunis, financières « [...] *afin de leur permettre de subvenir à leurs besoins pendant le temps nécessaire pour rejoindre le lieu où ils ont déclaré se rendre* »²³⁹⁶, sous forme de vêtements²³⁹⁷ ou encore de participation à l'achat d'un titre de transport pour rejoindre un lieu d'hébergement²³⁹⁸. Certains établissements vont même jusqu'à fournir un véritable « kit de sortie » à ces détenus, composé de quelques chèques-services, d'une carte téléphonique et d'un ticket de bus voire d'une brochure indiquant les coordonnées des services sociaux et autres dispositifs pouvant être utiles à ces nouveaux libérés sans ressources²³⁹⁹. Il appartient cependant aux missions des SPIP de « [...] *s'assure[r] que la personne libérée bénéficie d'un hébergement durant les premiers temps de sa libération.* »²⁴⁰⁰. En conséquence, on l'a dit, le CIP pourra éventuellement prendre lui-même contact avec un centre d'hébergement et de réadaptation sociale pour les premiers temps de la libération, mais la solution reste précaire, cet accueil ne jouant que sur six mois au maximum. De telles solutions sont réservées, bien entendu, aux libérés ne pouvant s'appuyer sur un soutien extérieur, famille ou proche(s).

L'institution pénitentiaire s'avère ainsi disposer d'un peu plus de maîtrise, toutes proportions gardées, des sorties que des entrées. Ceci dit, fondamentalement, la décision de privation de liberté et ses bornes ne lui appartient pas.

Cette différence de statut entre psychiatres et chefs d'établissement pénitentiaire eu égard à l'impact sur la décision de privation de liberté et les problèmes connus par chacune des deux

²³⁹² O. CLIGMAN, L. GRATIOT, J.-Ch. HANOTEAU, *Le droit en prison, op. cit.*, 2001, p. 291

²³⁹³ Article D. 288

²³⁹⁴ Alinéa 2 de l'article D. 289 CPP

²³⁹⁵ Article D. 484 CPP

²³⁹⁶ Article D. 481 CPP

²³⁹⁷ Article D. 482 CPP

²³⁹⁸ Article D. 483 CPP

²³⁹⁹ O. CLIGMAN, L. GRATIOT, J.-Ch. HANOTEAU, *Le droit en prison, op. cit.*, 2001, p. 291

²⁴⁰⁰ Article D. 478 CPP

institutions amène à relativiser la réelle différence de situation concrète entre ces deux milieux. Mais surtout, la comparaison entre les deux fait ressortir la part d'illusion des systèmes qui paraissent plus acceptables sur le plan de la théorie juridique en regard des résultats concrets : tandis que l'institution pénitentiaire – respectueuse du principe de séparation entre autorité décidant de la privation de liberté et institution d'accueil – est étouffée dans ses évolutions positives par une surpopulation endémique, l'institution psychiatrique a davantage la possibilité de réguler ses flux, mais reste à analyser à quel prix. La situation actuelle oblige l'institution psychiatrique à trouver des solutions alternatives à l'enfermement dans des cas où la facilité aurait pu l'inciter à recourir encore à cette démarche fortement restrictive de liberté si la place disponible en son sein lui en avait offert le loisir. Elle l'oblige ainsi à perdre le réflexe d'hospitaliser sous contrainte : mais le revers de cette situation est aussi un lourd tribut sur le plan social, précisément dénoncé par les proches de patients voire mis en exergue par certains drames dans les médias.

Les autorités judiciaires n'ont peut être pas autant de scrupules à limiter l'enfermement, ne vivant pas au coeur des institutions d'accueil et dans les problématiques engendrées par son trop-plein. C'est en tout cas le procès qui leur est fait par les directeurs de prison réclamant, en réponse, le *numerus clausus* pour les maisons d'arrêt.

Dans tous les cas, la politique est à la limitation du nombre de ces enfermements en développant les alternatives plus libérales. Dans un climat sécuritaire, les résultats jouent tout en ambivalence. C'est ainsi que les possibilités de punir sans enfermer sont développées mais que le système des peines planchers et le droit de la récidive participe à l'augmentation du nombre de personnes incarcérées. C'est ainsi que le projet de loi « relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge » retrouve le double visage de loi d'assistance et loi de police de son ancêtre de 1838.

Au-delà de ce droit procédural lentement élaboré et veillant sévèrement à éviter tout risque de privation de liberté arbitraire qui renverrait indubitablement aux honnies lettres de cachet, se met en place, de façon plus insidieuse, une mise sous contrôle plus généralisée de ces deux catégories étudiées, sous les habits d'une plus grande liberté de mouvement. Une généralisation qui, de proche en proche, par un phénomène d'acclimatation aux entorses aux droits fondamentaux, par une redéfinition « arrangée » de ces droits, par une justification au nom de la sécurité des populations tend à concerner toujours davantage de catégories de population jusqu'à risquer d'atteindre la population dans son ensemble. Derrière la dénonciation d'un phénomène qui en soi, peut déjà laisser réfléchir sur le regard porté sur les deux populations ici étudiées, c'est un phénomène de plus grande ampleur qui se profile.

SECTION II : VERS UNE REDEFINITION ELARGIE DE LA NOTION DE PRIVATION DE LIBERTE : LA LIBERTE SOUS CONTROLE

Thématique liée à des sujets de société extrêmement sensibles à l'heure actuelle, faisant entrer en dialectique insécurité ressentie et protection des libertés et droits fondamentaux, la privation de liberté trouve un nouvel écho dans la « société du risque » et « de la menace ». Une nouveauté de cet écho qui émane à parité d'une redéfinition de la privation de liberté et de son maintien dans certains de ces oripeaux traditionnels voire d'un retour à des caractères et justifications étouffés depuis les révolutions libératrices de la seconde moitié du XXe siècle. L'existence concomitante de ces deux dimensions contradictoires s'explique en effet par la pluralité de sens et de fonctions exacerbée qu'épouse à l'heure actuelle la privation de liberté. Une conception renouvelée qui peut ainsi être qualifiée de « post-moderne ».

Toutes les caractéristiques paradigmatiques de cette notion marquant la passerelle entre le

moderne et un modèle futur encore indéfini se retrouvent en effet dans cette reconfiguration partielle de la privation de liberté. C'est bien là le cœur même de la notion de postmodernité : absence de rupture avec les principes traditionnels mais « [...] réinterprétation et réagencement de ces principes selon un équilibre nouveau, [...] lui-même le reflet de mutations sociales plus globales. »²⁴⁰¹. « La notion de postmodernité tend à souligner les aspects complexes, voire les facettes contradictoires, de sociétés dans lesquelles on trouve dans le même temps exacerbation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité et émergences de potentialités différentes, mais qui restent marquées, en l'état, par l'incertitude, l'indétermination. [...] [L]a configuration nouvelle qui se dessine ne saurait être enfermée dans un nouveau « modèle », aux contours bien définis. »²⁴⁰². C'est « [...] une crise [...] générale dans les sociétés occidentales des institutions et des valeurs de la modernité [...] et [...] [qui] semble devoir conduire à la construction d'un nouveau modèle d'organisation sociale. »²⁴⁰³ que l'auteur de *L'Etat post-moderne* pose en postulat de départ de ces transformations ciblées, -touchant par exemple le droit pénal, ou, pour ce qui nous intéresse la privation de liberté-, qu'il refuse de lire comme des « [...] phénomènes isolés [...] »²⁴⁰⁴.

Entre autres effets négatifs dus au modèle de l'Etat moderne, né avec un individualisme plaçant l'individu au centre de l'organisation sociale et politique et affirmant le primat de son autonomie et de son indépendance, en réaction au modèle holiste antérieur, sont avancés le primat de l'utilitarisme et « [...] la perte d'identité liée au relâchement des liens communautaires [...] »²⁴⁰⁵. Avec cette impersonnalité voire la dépersonnalisation de la vie sociale propre aux fortes concentrations d'êtres humains déplacés, déracinés et perdant tout ancrage affectif, avec même la promotion de cette « neutralité affective »²⁴⁰⁶ permettant efficacité et instrumentalisation purement rationnelle des relations, a disparu tout vecteur de cohésion sociale. La logique du repli sur soi confrontée à l'essoufflement de l'Etat-providence et à la montée de la crise sociale ramène à des sentiments d'insécurité voire à une « obsession sécuritaire »²⁴⁰⁷, alors même qu'il est historiquement constaté que, eu égard à la protection des personnes et des biens, la menace objective n'a jamais été aussi faible que dans nos sociétés occidentales et démocratiques actuelles. Certes, sans doute ce constat dépend t-il de l'amplitude du regard porté sur les menaces. Ulrich BECK met en avant les nouvelles menaces faisant de nos sociétés des sociétés du risque solidaires dans la menace eu égard à la dimension planétaire que revêtent désormais les grandes catastrophes, notamment écologiques²⁴⁰⁸. Mais eu égard aux paramètres restreints de la sécurité individuelle par rapport au risque social et au risque criminel – on sous-entend ici les atteintes aux biens et aux personnes perpétrés par d'autres êtres humains – le constat est consensuel : nous avons gagné en sûreté et sécurité par rapport à nos ancêtres²⁴⁰⁹. Néanmoins, avec un individu redécouvrant sa vulnérabilité face au Monde et à la nature *via* des prises de conscience nées de grands scandales ou catastrophes – y compris attentats terroristes – avec le développement de l'information et la méfiance vis-à-vis de l'Autre, la recherche de protections toujours plus importantes et la course au « risque zéro » s'emballent d'autant plus qu'elles demeurent irrémédiablement impossibles à assouvir²⁴¹⁰. Les

²⁴⁰¹ J. CHEVALLIER, « Epilogue », dans M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, p. 362

²⁴⁰² *Idem* p. 362

²⁴⁰³ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, coll. « Droit et société », vol. 35, 3e éd., 2008, p. 13

²⁴⁰⁴ *Idem* p. 13

²⁴⁰⁵ *Idem* p. 13

²⁴⁰⁶ *Idem* p. 13

²⁴⁰⁷ R. CASTEL, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, Seuil, coll. « La république des idées », 2003, p. 22

²⁴⁰⁸ Cf. U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion-Aubier, coll. « Champs », 2001 (trad. Française. 1986 pour l'édition originale allemande), 493 p.

²⁴⁰⁹ Cf. à ce sujet l'ouvrage de Robert CASTEL, *L'insécurité sociale. op. cit.*, 2003, 95 p.

²⁴¹⁰ Car, comme l'explique le philosophe Claude-Olivier DORON, cette recherche n'est plus du ressort de la gestion du risque mais de l'utopie, celle de « la volonté illimitée de protection » issue du principe de précaution : ainsi « [...] là où la gestion des risques considère le risque comme une réalité normale qu'il faut essayer de réduire, la précaution le tient pour une monstruosité qu'il faut annihiler. ». (Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une

répercussions sont évidentes sur la privation de liberté, qui devient l'un des outils-clefs dans la politique de prévention des risques construite dans le cadre des rapports inter-individuels et de la peur de l'Autre.

Dans une évolution à double-hélice, la sécurisation de la société²⁴¹¹ impose une élimination des personnes dangereuses ou potentiellement dangereuses, renforçant d'un côté l'ancrage des mesures de privation de liberté ferme, instillant de l'autre côté davantage de contrôle dans le cadre d'une politique de libéralisation des mesures de privation de liberté. Ce dernier oxymore est significatif du tournant sécuritaire actuel ; il n'est que le révélateur de la difficile conciliation, dans un esprit de précaution exacerbé, entre la volonté de réinsertion et d'intégration à la société des personnes atteintes de troubles psychiques comme des délinquants d'une part, et celle de prévenir le moindre risque de danger venant de ces personnes d'autre part.

Ce second volet débouche sur une métamorphose du sens de la privation de liberté, qui passe de l'ancienne mesure de soin ou punition, qui se justifiait par des faits avérés et une reconnaissance de culpabilité prononcée par la société ou par un diagnostic scientifique et une nécessité de soins, à une mesure appuyée sur le seul risque. On sort ainsi du soin ou de la punition pour rentrer dans la protection contre le risque, on sort de mesures prises sur des considérations objectives pour rentrer dans l'ère de la mesure assise sur une menace virtuelle. On oublie l'homme pour se pencher sur son potentiel de risque, sur la menace qu'il représente ; on en vient à « l'homme morcelé par les statistiques et les évaluations » de Christophe ADAM ou de Robert CASTEL²⁴¹². Plusieurs mesures ont été prises en ce sens, avec un emballement certain durant les dernières décennies, et visant *quasi* uniquement les délinquants. Néanmoins, des mesures similaires s'annoncent ou sont régulièrement promises à l'encontre des malades mentaux lors de tout nouveau fait divers mettant en cause une personne atteinte de troubles psychiques. Sans compter qu'avec la pénalisation de la folie, due à la diminution du nombre de déclarations d'irresponsabilité pénale pour troubles mentaux lors des procès, avec les peines d'emprisonnement²⁴¹³, notamment celles prononcées en comparution immédiate – qui sont rendues, la plupart du temps, sans qu'ait été consulté un expert sur l'état de santé mental du prévenu – et l'alourdissement de la peine prononcée en lien direct avec la folie du condamné, les « fous criminels » sont également concernés par les mesures prises dans le cadre de la délinquance et de la lutte contre la récidive, une déclinaison particulière pouvant même leur être réservée en tant que « fous » précisément.

Le mouvement est accentué par le poids pris par la victime, la place qui lui est faite, d'une part au sein du procès pénal dans le droit français, mais aussi et surtout hors de ce rapport

rupture générale dans les politiques pénales ? », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse, Erès 2009, note 2 p. 181, et p. 180)

²⁴¹¹ La notion de sécurité connaît un glissement de sens entrainant un fort impact en droit pénal : désormais, le droit originel actuel en matière pénale lutte contre la faute, ou « [...] *contre la violation du prescrit quand bien même il n'y a pas de dommage* [...] », soit le risque pris qui permet de l'assurer dans ce cadre, à une pénalisation d'actes « [...] *qui peuvent être lus comme une atteinte à la sécurité*. ». Des actes éventuellement courants mais qui pourraient faire penser à une préparation d'acte délinquant. « *Il ne s'agit plus seulement d'assurer la sûreté d'un territoire lié à un souverain, [...], mais de protéger une population contre des événements aléatoires de toute nature* [...] ». C'est « [...] *la menace du danger* [...] » qui devient le cœur de cible. Le phénomène se transpose envers les populations enjeux des peurs ancestrales, les délinquants et les fous. (citations tirées de J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », série « Le Monde actuel », 2006, p. 318 et p. 43)

²⁴¹² Ch. ADAM, « Les classifications psychologiques d'auteurs d'infractions à caractère sexuel : une approche critique de la littérature ? », *Déviance et société*, juin 2006, vol. 30, n°2, p. 246 et R. CASTEL, *La gestion des risques*, Paris, Minuit, coll. « Le sens commun » 1981, p. 114, cités par F. DIGNEFFE, « Généalogie du concept de dangerosité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, Toulouse, Erès, 2009, p. 154.

Concernant la punition, Denis SALAS voit un déplacement du centre de gravité au sein « des modèles de la peine », de ses fonctions : désormais, « [...] *le débat est moins de savoir quels sont les facteurs de risques de l'individu que quel est le degré de risques acceptable pour la société. Il ne cherche plus à inspirer à cet individu la crainte d'une sanction mais à éviter à la société ce risque qu'il représente. [...] Totalement détaché de son auteur, le crime tend à être vu comme un aléa de l'insécurité* [...] ». » (D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 190. Les termes sont soulignés par l'auteur lui-même dans le texte d'origine)

²⁴¹³ L'emprisonnement est la peine privative de liberté prononcée en matière correctionnelle. En matière criminelle, on parle de « réclusion criminelle » (ou éventuellement de détention criminelle lorsqu'il s'agit d'un crime politique et non de droit commun). Or, si dans les procédures criminelles, l'expertise psychiatrique du prévenu est obligatoire, elle est facultative en matière correctionnelle.

triangulaire avec le juge et le prévenu/coupable, dans le discours médiatique et politique²⁴¹⁴. La réapparition marquée de la victime dans l'instance pénale est analysée comme une « *résurgence*[...] » – au même titre que la pénalisation du risque lorsqu'on l'envisage sous la dimension néopositiviste renvoyant à LOMBROSO et FERRI –, mais une résurgence symptomatique du passage du droit pénal moderne à celui post-moderne²⁴¹⁵. Yves CARTUYVELS analyse cette présence montante et revendiquée comme un élément de la « *privatisation du procès pénal* »²⁴¹⁶, ce procès public, selon les paradigmes du droit pénal moderne, et tenu pour que la société règle ses comptes avec le coupable, le cas échéant²⁴¹⁷. La fonction de « [...] *restauration subjective de la victime par le procès et la peine* [...] »²⁴¹⁸, de déclencheur et de vecteur nécessaire pour le travail du deuil, est généralement invoquée. C'est en grande part sur ce fondement qu'a été instaurée la parodie de procès pour les malades mentaux déclarés irresponsables par la loi du 25 février 2008²⁴¹⁹.

La victime est présente à toutes les étapes de la procédure avant le procès mais aussi après, notamment par le biais de possibilités de donner son avis, ou d'être informée. Elle ne peut décider mais elle pèse sur les décisions par son omniprésence. Il ne s'agit pas ici de nier la réalité de la douleur des victimes et leur besoin de reconnaissance. Il ne s'agit pas non plus de les rejeter complètement de l'instance pénale, mais uniquement de pointer les excès du système qui s'instaure. On peut simplement s'interroger sur cette édification du procès pénal comme lieu et instance suprême de cette expression de leur souffrance et de la peine comme leur moyen de vengeance.

La réintégration exponentielle de la victime et de ses revendications au sein de l'instance pénale amène à une revivification de la dimension purement rétributive de la peine. Elle amène à reléguer la fonction d'apaisement social normalement apportée par le procès et la peine et à se replier sur une course à la surenchère de cette dernière. Car nécessairement, cela se comprend aisément, rien ne peut apaiser certaines douleurs comme la perte d'un être cher, rien ne peut assouvir ce désir de vengeance. Or peut-on admettre un « *intérêt privé à la répression* » comme commence à en parler Yves CARTUYVELS²⁴²⁰ ? Et surtout, quelle est sa réelle utilité, sera-ce réellement la peine institutionnelle qui mettra du baume sur la plaie provoquée par le crime ? Savoir que justice est passée, sans doute, mais quant à la représentation de la lourdeur de la peine par rapport à ce qui est vécu, on peut s'interroger. Dans tous les cas, *quasi* immanquablement, si ce mouvement s'affermirait, il ne peut qu'ouvrir vers le populisme pénal et vers la surenchère de la répression mais aussi de la lutte contre le risque. Car à côté de l'instance pénale, c'est le discours politique et médiatique que l'idéologie victimaire colonise. La prise en compte de la souffrance de la victime devient un principe de gouvernement²⁴²¹, les lois sont prises dans l'immédiateté au gré de nouveaux faits divers, toujours sur le mobile de la compassion portée à la victime et au renvoi fait à

²⁴¹⁴ Et on la voit ainsi également apparaître dans le nouvel article de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 consacré au sens réactualisé donné à la peine privative de liberté.

²⁴¹⁵ M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI, « Prologue » dans M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., 2009, p. 39

²⁴¹⁶ Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations », dans M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?* op. cit., 2009, p. 93

²⁴¹⁷ Déjà en 1999 Françoise TULKENS et Michel Van de KERCHOVE proposaient la même analyse (cf. F. TULKENS et M. Van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique et E. Story-Scintia, coll. « A la rencontre du droit », 1999, pp. 132-134)

²⁴¹⁸ Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne », op. cit., 2009, p. 94

²⁴¹⁹ La CNCDH s'est montrée très critique à l'endroit de cette réforme concernant la déclaration d'irresponsabilité pénale, dénonçant la confusion organisée entre maladie mentale et délinquance (§ 13et 14), allant même jusqu'à voir une remise en cause de la présomption d'innocence du fait des décisions d'irresponsabilité pouvant être prises au niveau de la juridiction d'instruction (§ 17) accentuée par le prononcé possible de mesure de sûreté à l'encontre de la personne reconnue irresponsable (not. § 19) (cf. CNCDH, *Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental du 7 février 2008*, [en ligne], site de la CNCDH)

²⁴²⁰ Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » op. cit., 2009, p. 94

²⁴²¹ L'expression est reprise à Claude-Olivier DORON (Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 185)

la victime potentielle que chaque individu peut être demain²⁴²². Dans cette optique, comment trouver illégitime le durcissement pénal progressif ? La victime instrumentalisée permet un gouvernement de l'émotion qui ôte la sérénité et la prise de recul nécessaires au travail législatif et en devient au contraire le moteur, dans un cadre où seule la froide rationalité étatique devrait avoir voix au chapitre.

Délinquant comme fou ne sont plus vus que comme des dangers potentiels dans cette optique, contre lesquels il faut se protéger : le discours médiatique aidant, le fou est assimilé au criminel, le crime n'est plus perçu que comme un acte fou perpétré forcément par un « fou », les « fous » sont donc dangereux²⁴²³. On sait que la psychiatrie ne garde plus les personnes enfermées, donc il est plus sûr de les placer en prison²⁴²⁴. De même, à travers le prisme victimaire, la fiction juridique du non-lieu pour irresponsabilité pénale de la personne atteinte de troubles mentaux n'est plus tolérable car, dit-on dans le discours politique populiste, c'est refuser à cette victime une explication des faits et ainsi une voie d'accès au deuil, une reconnaissance officielle du titre de victime alors qu'elle reste bien une victime meurtrie, et dont la meurtrissure n'est pas un jeu de langage ou de fiction juridique. La loi du 25 février 2008 est ainsi venue remettre bon ordre à cet état du droit²⁴²⁵.

Dans cette extraordinaire confusion des principes et des discours, c'est au final la notion de

²⁴²² Cf. sur cette question, notamment D. SALAS, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal post-moderne ?*, op. cit., 2009, pp. 114-115

²⁴²³ Sans compter que, comme le signale Denis SALAS, « [...] le fou est d'autant plus dangereux qu'il incarne toutes les potentialités de violer les règles sociales du fait de sa pathologie alors que le délinquant ordinaire n'en violera qu'une ou deux au maximum. C'est pour ça qu'aujourd'hui, on juge des malades mentaux parce que, aujourd'hui on les regarde différemment, comme un risque, un aléa, comme une insécurité [...]. C'est la dangerosité qui ne se réfère plus seulement à l'imputabilité et à la responsabilité mais qui se réfère à une potentialité de violation des règles liées à une cause biologique, psychologique, peu importe [...] » (D. SALAS, « Pourquoi punir », *Journal Français de Psychiatrie*, n°13, 2000, p. 8). Jean DANET et Claire SAAS décrivent alors la dangerosité comme « un abyme » [sic], ne connaissant aucune limite, ouvrant sur « l'infini du risque de la transgression » qui appelle en réponse « l'infini de la répression. » (J. DANET et Cl. SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC*, 2007, n°4, p. 786)

²⁴²⁴ Le phénomène de la pénalisation et de la « prisonnalisation » (A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? op. cit.*, 2009, p. 152) d'authentiques malades mentaux mis en cause dans des crimes ou des délits, la « surpénalisation » (D. SALAS, « La vérité, la sûreté, la dangerosité. Trois généalogies à l'épreuve des débats contemporains », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 215) de la maladie mentale, - la circonstance jouant plus souvent comme phénomène aggravant qu'atténuant la lourdeur de la peine -, et depuis la loi du 25 février 2008, la possibilité pour le juge, même en cas de reconnaissance d'irresponsabilité, de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre de la personne à laquelle les faits auront néanmoins été imputés (cf. articles 706-135 à 706-140 CPP) soulignent le changement de paradigme : même à l'égard du fou, le droit pénal se fonde, de manière latente, sur le concept de dangerosité, il tend à répondre à l'inquiétude voire à la peur que suscite la folie et sa part de « déraison », d'incompréhension mais aussi d'imprévisibilité de cet *alienus*. Il répond au manque de confiance dans le système psychiatrique connu pour ses difficultés de fonctionnement interne en matière de places en hospitalisation complète. (cf. sur ce sujet, notamment A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? op. cit.*, 2009, pp. 149-171 et D. SALAS, « La vérité, la sûreté, la dangerosité. Trois généalogies à l'épreuve des débats contemporains », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, pp. 205-219).

²⁴²⁵ En effet, les termes maladroits de non-lieu, acquittement ou relaxe pour irresponsabilité pénale disparaissent pour laisser place à « une décision d'irresponsabilité pénale » (A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? op. cit.*, 2009, p. 160) reconnaissant que la personne a commis les faits reprochés, donc l'imputabilité matérielle des faits à la personne malade mentale poursuivie, pour ensuite déclarer l'irresponsabilité pénale (notons que cette reconnaissance de l'imputabilité matérielle était déjà établie dans l'ordonnance de non-lieu depuis que les dispositions correspondantes avaient été introduites par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 au 2e alinéa de l'article 177 CPP. De même, depuis la loi du 15 juin 2000, en cas de procès, le président de la Cour d'assises pose, en principe, au jury, d'abord la question sur l'imputation des faits à l'accusé puis celle sur l'irresponsabilité pénale (article 349-1 CPP). Il est vrai, par contre, qu'aucune obligation en ce sens n'était imposée dans les cas de relaxes au tribunal de police ou correctionnel). Quant à l'audience publique avec comparution personnelle du mis en examen, elle pouvait déjà être obtenue, depuis 1995, par la victime, à sa demande et en faisant appel de l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge, devant la chambre de l'instruction, si l'état du malade le permettait (ancien article 199-1 CPP, créé par la loi 95-125 du 8 février 1995 et aujourd'hui abrogé). (cf. sur ce sujet A. GIUDICELLI, « Le fait de la personne atteinte d'un trouble mental », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? op. cit.*, 2009, pp. 160-163)

dangerosité qui ressort pour, au-delà de la punition, articuler les politiques de prévention du risque. Or, cette notion multi-facettes, qui est déjà flanquée selon le contexte, rappelons-le, d'adjectifs soulignant qu'elle n'est pas univoque, qu'il existe plusieurs dangerosités²⁴²⁶, est contestée par certains auteurs dans sa dimension scientifique : elle serait un concept d'abord politique. Comme l'explique Françoise DIGNEFFE, elle « [...] trouve[rait] son origine non pas dans une préoccupation intellectuelle visant à expliquer un phénomène mais bien plus dans un projet politique d'encadrement des populations. [...] [E]lle est construite en vue d'atteindre un objectif qui déterminera nécessairement le point de vue de l'observateur. »²⁴²⁷. En aucun cas, les paramètres sur lesquelles elle s'établirait, dans la façon même dont ils sont définis et mêmes s'ils diffèrent d'une grille d'expérience à l'autre, ne permettraient de fournir « [...] une vision « objective » des individus »²⁴²⁸. Or, au-delà de cette absence de définition générale et de cette perte de fondement scientifique, la dangerosité n'a pas non plus de définition légale, alors même que la loi utilise le concept comme critère notamment.

On débouche dès lors sur une privation de liberté qui voit son champ d'emprise s'amplifier dans le temps et dans l'espace, grâce à la plasticité nouvelle qui lui est offerte par les technologies du contrôle. C'est bien l'idéologie qui sous-tend, en dernier lieu, le projet de réforme du droit des hospitalisations sans consentement. A l'enfermement strict et ancestral du fou ou du délinquant (I) viennent se greffer une cohorte de modalités alternatives jouant sur cette liberté de mouvement de l'individu, qui viennent réellement se substituer à la séquestration sur le temps de cet enfermement strict ou jouer sur une forme « d'effet longue traîne », dans le cadre d'une politique de précaution²⁴²⁹. La privation de liberté paraît alors moins insupportable, prenant même souvent la forme de restrictions de liberté davantage que de vraies privations, mais elle peut s'étendre plus durablement (II).

I. LA CONTINUITÉ DANS LE POSTMODERNISME : LE MAINTIEN DES MESURES D'ENFERMEMENT

Si le procédé de l'enfermement demeure la souche des mesures visant à soigner sans consentement ou à punir (A), il trouve une application renouvelée dans la mesure de sûreté la plus draconienne du système pénal français, la rétention de sûreté (B).

A · LE MAINTIEN DES ENFERMEMENTS DISCIPLINAIRES OU SOIGNANTS TRADITIONNELS

Un certain nombre de fonctions propres aux institutions closes continuent à avoir du sens et une utilité dans la société actuelle ; or il s'agit de qualités intrinsèques à l'enfermement contraint ou qui, en tout cas, trouvent une expression efficace dans ce mode de fonctionnement qui permet de les rassembler toutes ensemble (1).

Après une mode encline à la contestation radicale du concept d'enfermement dans les deux domaines et d'éventuelles expériences partielles décevantes conjuguées à un retour en force, dans un contexte social soumis à dégradation, du sentiment d'insécurité, du repli sur soi individualiste

²⁴²⁶ On a évoqué en introduction les diverses dimensions données à la dangerosité, adaptées à une lecture contextuelle particulière : dangerosités psychiatrique, sociale, criminologique, juridique, victimologique, pénitentiaire pour les principales.

²⁴²⁷ F. DIGNEFFE, « Généalogie du concept de dangerosité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault, op. cit.*, 2009, p. 147

²⁴²⁸ F. DIGNEFFE, « Généalogie du concept de dangerosité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault, op. cit.*, 2009, p. 148

²⁴²⁹ Nous n'aborderons en effet ici que les peines alternatives jouant sur une dimension de contrôle de l'individu.

craintif de la déviance et donc de la revendication sécuritaire, on assiste à un abandon de ces utopies ultra-libertaires (2) qui ont néanmoins aidé à structurer l'actuel débat.

§ 1. Les qualités intrinsèques du concept d'enfermement. Etude théorique d'un concept encore pertinent

En psychiatrie, l'enfermement contraint permet de concilier d'éventuels objectifs de protection de la société et de neutralisation de l'individu et des objectifs de soins, en créant un microcosme thérapeutique, des cadres clairs au sein d'une entité bien définie et contenant en imposant, le cas échéant, une rupture salutaire avec un environnement devenu pathogène (isolement thérapeutique). Et entre ces deux pôles, l'enfermement permet encore d'imposer des soins à une personne considérée comme dangereuse car aliénée par sa maladie, et dès lors de faire pression sur elle, de manière beaucoup plus dissuasive que tout contrat de soin passé avec une personne en liberté pour qu'elle accepte un traitement. De manière plus générale, l'enfermement permet une réponse thérapeutique plus efficace à toute évolution comportementale du patient, car immédiate et de la part de professionnels spécialistes, avec les procédés et médicaments adaptés, y compris des procédés liberticides et sans avoir le consentement de l'individu. L'enfermement contraint en psychiatrie allie donc une modalité de prise en charge, génératrice d'un certain nombre d'atouts pour le soin porté à des personnes considérées comme n'ayant plus la totale maîtrise de leur volonté du fait d'un trouble ou d'une maladie, à un contexte juridique exorbitant du droit commun et permettant de pousser au bout d'elle-même cette logique soignante sans consentement.

La prison concilie pour sa part à la fois l'enfermement de neutralisation et celui « *de différenciation sociale* », -l'objectif du second étant de « [...] *viser à procurer aux reclus une formation ou une compétence propre à assurer une meilleure place dans la société [...]* »²⁴³⁰-, renvoyant aux quatre fonctions classiques de la peine. La peine de prison s'avère en effet la seule sanction permettant de remplir simultanément ces quatre finalités potentielles de la peine que sont l'expiation, la dissuasion, la réadaptation et la neutralisation. Ainsi, nombreux sont les auteurs qui font référence à l'indiscutable souffrance qu'elle impose aux détenus, cette souffrance devant se justifier par une volonté d'expiation imposée au condamné²⁴³¹. Bruno CLEMENT, chef d'établissement pénitentiaire, rappelle que deux qualificatifs désignaient la peine dans les traités de droit pénal et dans l'ancien code pénal lui-même : elle doit être « *afflictive et infamante* »²⁴³², -des qualités que Michel Van de KERCHOVE juge effectivement inhérente à la peine, qu'on la prenne dans une perspective rétributiviste, instrumentaliste ou réparatrice²⁴³³-. Or, souligne Monsieur CLEMENT, depuis que les châtiments corporels ont disparu du Code pénal, « [...] *c'est vraiment la peine de prison qui symbolise le plus fortement ces deux caractéristiques.* »²⁴³⁴, et ce malgré les réformes importantes opérées depuis 1945, et l'entrée officielle en 1975 dans les missions de l'administration pénitentiaire de « [...] *faire de la réinsertion sociale* »²⁴³⁵.

²⁴³⁰ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, coll. « repères », 2004 (2001), p. 14

²⁴³¹ Cf. notamment Th. LEVY, *Nos têtes sont plus dures que les murs des prisons*, op. cit., 2006, notamment pp. 53-73

²⁴³² B. CLEMENT, Intervention dans le cadre du forum « Pourquoi punir », au cours du colloque international inaugural de l'ENAP à Agen les 8, 9 et 10 novembre 2000, publié dans ENAP, *Sens de la peine et droits de l'homme. Actes du colloque international inaugural de l'ENAP*, Paris, Ministère de la Justice/ENAP, pp. 79-80

²⁴³³ M. VAN de KERCHOVE, « Pour une éthique de l'intervention du droit pénal, entre moralisme et instrumentalisme », dans *Variations sur l'éthique. Hommage à Jean Dabin*, Bruxelles, FUSL 1994, p. 449 (cité par Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations », dans M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., 2009, pp. 80-81) Dans sa contribution « Les caractères et les fonctions de la peine, noeud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme », ce même auteur met en exergue la reconnaissance identique que fait la Cour Européenne de cette double caractérisation de la peine, même si elle la complexifie (M. van de KERCHOVE, « Les caractères et les fonctions de la peine, noeud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme », dans Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. van de KERCHOVE, S. van DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL, 2007, pp. 340-341

²⁴³⁴ B. CLEMENT, Intervention dans le cadre du forum « Pourquoi punir », dans ENAP, *Sens de la peine et droits de l'homme. Actes du colloque international inaugural de l'ENAP*, op. cit., 2000, pp. 79-80

²⁴³⁵ *Idem*, pp. 79-80

Ces deux caractéristiques demeurent « [...] *toujours aussi présent[es] dans les faits et dans les esprits.* »²⁴³⁶. Il est certain qu'il parle en 2000 et que les trois points qu'il évoque en illustration²⁴³⁷ ont évolué positivement mais il n'est pas certain qu'on puisse en conclure à une disparition du caractère afflictif et infamant de la peine de prison pour autant. Cette peine demeure une punition faite de privations et la condamnation demeure une opprobre publique et populaire. Dans une logique purement rétributiviste, il s'agit [...] *de traiter le mal par le mal [...]*», de «[...] *faire souffrir la personne condamnée à la hauteur de la gravité de l'acte commis.* [...] »²⁴³⁸, c'est-à-dire d'estimer que la douleur imposée au coupable réparera le mal qu'il a causé par son acte. On rejoint ici les fondements les plus profonds de la peine, issus des conceptions de châtement divin.

Par ailleurs, la crainte de cette punition d'enfermement carcéral doit dissuader les individus de commettre des actes répréhensibles pénalement. En lien direct avec la finalité précédente, la souffrance intrinsèque à la peine doit paraître suffisamment lourde à supporter pour dissuader le délinquant potentiel, qui « [...] *doit avoir plus d'intérêt à éviter la peine qu'à risquer l'infraction.* »²⁴³⁹. Pour rendre effective cette fonction purement utilitariste et préventive de la peine, cette dernière doit être particulièrement visible, et précisément dans toute la souffrance qu'elle inflige.

L'enfermement carcéral permet également de mettre en oeuvre la fonction de neutralisation, c'est-à-dire d'empêcher le délinquant enfermé de commettre de nouveaux actes délinquants en l'éliminant de la société. De toute évidence, la neutralisation la plus parfaite dans le cadre de l'enfermement est l'enfermement à vie. Ainsi que le souligne Philippe COMBESSIE, cette fonction théorique de la peine est doublement pessimiste, dans la mesure où elle ne fait pas confiance à l'individu qu'il faut simplement éliminer, empêcher d'agir, sans songer à une potentielle évolution de son comportement, de sa personnalité, à une éventuelle prise de conscience morale, ni au système lui-même qui se réduit à une clôture, sans plus de profondeur²⁴⁴⁰. La détention provisoire, pour sa part, ressort nettement de cette seule dimension de l'enfermement carcéral, n'étant en elle-même pas une peine mais une mesure de sécurité, préventive.

Quant à la dernière fonction théorique de la peine, celle d'amendement, de rééducation, de réinsertion, elle adopte, contrairement aux autres, une position particulièrement optimiste envers le condamné incarcéré et envers les capacités d'aide à la correction du délinquant. Et elle part même du postulat inverse de la fonction de neutralisation : il est de la nature même de la peine prise sous cette fonction d'être temporaire, et toute la vie, durant l'enfermement, est organisée afin de redonner un cadre structuré et de rééduquer le condamné.

C'est de manière finalement non-convaincante que ces bases idéologiques ont pu être contestées dans leur utilité sociétale, ramenant la réflexion sur l'enfermement à des interrogations et des remises en cause toujours présentes mais plus modérées dans leurs propositions. La théorie du réductionnisme est ainsi devenue le discours dominant opposé sinon substitué aux précédentes théories de l'éradication.

§ 2. La contestation du concept d'enfermement, du radicalisme libertaire au réductionnisme réfléchi

La contestation radicale, si elle a pu trouver son temps de gloire dans les années 1960-1970, reste aujourd'hui discrète, surtout en matière de psychiatrie²⁴⁴¹ (a). Elle demeure davantage présente

²⁴³⁶ *Idem*, pp. 79-80

²⁴³⁷ Il s'agit en premier lieu du retard de l'évolution de la prison, des conditions de vie et des règles par rapport à l'évolution de la société, en deuxième lieu de la « [...] *très difficile intégration du droit dans les prisons [...]* » et en troisième lieu « [...] *du désintérêt de la classe politique à l'égard des prisons* » (B. CLEMENT, Intervention dans le cadre du forum « Pourquoi punir », dans *ENAP, Sens de la peine et droits de l'homme. Actes du colloque international inaugural de l'ENAP, op. cit.*, 2000, p. 80).

²⁴³⁸ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison, op. cit.*, 2004 (2001), p. 15

²⁴³⁹ P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2e éd., 2001 (1995), p. 61

²⁴⁴⁰ Ph. COMBESSIE, *Sociologie de la prison, op. cit.*, 2004 (2001), p. 17

²⁴⁴¹ Restent quelques sites virulents sur Internet ainsi que des groupements plus anciens tels que le GIA, mais qui gardent une notoriété très relative et demeurent des mouvances minoritaires.

concernant la prison, quoique là encore, on reste sur un discours très minoritaire (b). Dans les deux cas, il s'est agi plutôt de prendre conscience des excès des périodes antérieures en matière d'enfermement de masse et délétère pour se tourner vers des approches utilisant le concept de manière plus réfléchie et modérée, jouant sur les alternatives. L'objectif reste ainsi, oubliant les idéologies politiques, de monter un système performant construit sur la variété des solutions et les utilisant dans toutes leurs dimensions qualitatives propres.

◇ a) *La contestation en psychiatrie : de l'anti-psychiatrie à la pratique contemporaine, une réflexion bouillonnante*

Deux formes de courants anti-psychiatriques ou assimilés ont vu le jour à cette période, l'un contestant la réalité-même des maladies mentales, le second s'axant sur une destruction des institutions.

Le premier emporté par Thomas SZAZ et qui considérait que la maladie mentale n'était qu'un mythe, se résumant en réalité à un écart de conduite individuelle par rapport à des normes psychosociales, morales ou légales préétablies et non accepté par la société²⁴⁴², n'a pas résisté à l'opiniâtreté des faits et est aujourd'hui doublement condamné par les avancées scientifiques, qui découvrent des causes biologiques, anatomiques et physiologiques, à ces maladies. Si l'idée de maladies purement sociales était séduisante, si elle a pu permettre la prise de conscience d'un certain nombre de dérèglements sociétaux et si, enfin, elle n'est certainement pas complètement à réfuter, ces maladies ne pouvant se départir de leurs conséquences médico-sociales, elle trouve sans doute davantage d'ancrage dans les troubles du comportement que dans les maladies mentales, et ne peut dans tous les cas être posée comme l'explication unique de maux aux origines multifactorielles. Le mouvement antipsychiatrique anglais, emporté par David COOPER et des collègues dont Aaron ESTERSON et Ronald LAING, semble se rapprocher de cette explication sociologique de la folie. En effet, partant du principe que tout individu possède un fou à l'intérieur de lui-même, ils considèrent la folie moins comme une maladie mentale que comme « [...] *une expérience personnelle et sociale, un « état modifié de conscience », un « voyage » qu'il convient d'accompagner.* »²⁴⁴³. Il s'agit même, pour Ronald LAING, d'« [...] *une expérience enrichissante, « un tournant favorable dans l'évolution de la personnalité », à condition qu'elle soit bien accompagnée et non psychiatisée jusqu'à ce que s'installe la chronicité.* »²⁴⁴⁴. Mais cette mise en application antipsychiatrique trouve rapidement ses limites et la dernière expérience, celle du *household*²⁴⁴⁵ d'accueil de schizophrènes de Kingsey Hall, ne dure pas au-delà de 1970, « [...] *victime à la fois de l'hostilité du voisinage et de son caractère ultraminoritaire* », comme l'explique Claude QUETEL²⁴⁴⁶.

Le second courant idéologique, ayant pour figure de proue le psychiatre italien Franco BASAGLIA, ne nie pas l'existence de maladie mentale mais appelle, par contre, à un changement radical de la politique de soin, au fondement duquel se trouve la destruction de l'institution asilaire. Il ne s'agit plus de l'améliorer mais bien de la faire disparaître, pour la remplacer par une prise en charge moins enveloppante, dans de petites unités placées au cœur de la cité, -des centres de santé mentale-, ainsi que dans des structures laissant davantage de liberté aux patients, où, en tout cas, ils ne sont pas accueillis sous un régime sans consentement.

Le système italien met tout de même en place le « traitement sanitaire obligatoire », qu'on ne peut complètement occulter. Ce traitement ne peut être ordonné que par le maire, en tant qu'autorité

²⁴⁴² Cf. ses oeuvres, notamment *Le Mythe de la maladie mentale* publié en 1961 (édition française de 1975), *Idéologie et folie* ou *Fabriquer la folie*, les deux derniers étant de 1970 (éditions françaises de 1976).

²⁴⁴³ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 522. Rappelons ici la célèbre mise en application de cette méthode antipsychiatrique sur une schizophrène, Mary BARNES, relatée dans l'ouvrage rédigé avec son psychiatre : M. BARNES et J. BERKE, *Mary Barnes, Un voyage à travers la folie* (publié pour l'édition française chez Seuil, coll. « Points essais », 1998, 445 p.)

²⁴⁴⁴ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit. 2009, p. 523

²⁴⁴⁵ Véritable « anti-hôpital », ce type de centre d'accueil laisse une grande liberté de mouvement aux patients et a un fonctionnement démocratique. Toute nouvelle admission de patient doit être acceptée par les autres, qui prennent ce type de décision par vote. Le système est inspiré de la « communauté thérapeutique » inventée par Maxwell JONES.

²⁴⁴⁶ Cl. QUETEL, *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, op. cit., 2009, p. 523

sanitaire locale et non en tant que chef de la police municipale ou que premier magistrat, sur « [...] *proposition motivée d'un médecin* [...] »²⁴⁴⁷. Dans le cas où ce traitement doit se dérouler en milieu hospitalier, il doit, être confirmé par un médecin « [...] *appartenant aux services de santé publique* »²⁴⁴⁸ et doit être motivé en référence aux conditions très strictes permettant un tel traitement en milieu fermé (car c'est de cela, de toute évidence, qu'il s'agit derrière le vocable de milieu hospitalier) : il faut que « [...] *la nature du trouble mental [...] nécessite des interventions thérapeutiques d'urgence, [que] le malade refuse de se soumettre au traitement et [que] les conditions et les circonstances ne permettent pas de prendre à temps les mesures sanitaires extra-hospitalières opportunes et appropriées.* »²⁴⁴⁹. Ainsi que l'explique Mario COLUCCI, il s'agit donc d'une décision prise « [...] *uniquement pour des raisons de santé de l'individu, jamais pour des raisons de dangerosité qui menaceraient le contexte social* [...] »²⁴⁵⁰. Cette première décision doit être notifiée dans les quarante-huit heures au juge des tutelles qui devra lui-même, dans les quarante-huit heures, après enquêtes et éventuels examens complémentaires « [...] *émet[tre] un ordre validant ou invalidant la décision* [du maire] »²⁴⁵¹. Ce système instaure ainsi un « [...] *contrôle automatique* [...] » par l'autorité judiciaire « [...] *dans un délai de quarante-huit heures à compter de l'hospitalisation* »²⁴⁵². Elle n'a en outre une durée de validité initiale que de sept jours, mais peut-être prolongée ensuite, toujours sous contrôle du juge des tutelles obligatoirement informé par le maire auquel le « *responsable médical du service de psychiatrie* [...] » aura soumis la « *recommandation motivée* » de prolongation, une « *durée complémentaire présumable du traitement* » devant être indiquée, en même temps, à l'autorité judiciaire²⁴⁵³. Ce traitement obligatoire en milieu hospitalier se déroule dans de petites unités placées dans les hôpitaux généraux²⁴⁵⁴.

La « loi 180 » du 13 mai 1978 transforme en ce sens le fonctionnement de la psychiatrie en Italie. Mais le bilan actuel de cette politique ambitieuse et humaniste montre ses limites : faute de financement, les structures territoriales alternatives à l'hôpital, -normalement placées « [...] *au cœur du système comme un lieu ouvert, délié du pouvoir médical, une sorte de réseau où le patient pourrait trouver repères et points d'appui, et qui serait animé par des intervenants aux formations*

²⁴⁴⁷ Traduction de l'article 1 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires » issue de Cl. LOUZOUN (dir.), *Législations de santé mentale en Europe : Angleterre, Ecosse, France, Italie, Cour Européenne des Droits de l'Homme. Rapport d'étude au bureau de la psychiatrie*, Paris, La documentation française, 1993, p. 131.

²⁴⁴⁸ Traduction de l'article 2 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires » issue de Cl. LOUZOUN (dir.), *Législations de santé mentale en Europe, op. cit.*, 1993, p. 132. Notons que tandis que le traitement sanitaire obligatoire est valable pour tout type de traitement, - c'est par exemple, ce qui peut servir de base légale aux vaccinations obligatoires en Italie -, cet article 2, de même que l'article 3 sur les procédures relatives à la mise en œuvre et à l'encadrement juridique de cette décision propres à la psychiatrie, est réservé aux personnes atteintes d'un trouble mental.

²⁴⁴⁹ Traduction de l'article 2 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires » issue de C. LOUZOUN (dir.), *Législations de santé mentale en Europe, op. cit.*, 1993, p. 132.

²⁴⁵⁰ M. COLUCCI, « La dangerosité en psychiatrie : la réponse italienne », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault, op. cit.*, 2009, p. 165. Cette disposition issue de la loi 180 est une transformation importante par rapport à l'état du droit antérieur, issu de la loi de 1904 qui avait mis en place, sur le modèle de la loi de 1838, une procédure de HO et une procédure de HDT. Ces deux modalités de placement sous contrainte sont supprimées par la loi 180. Néanmoins, pour une critique acerbe de cette loi, sur des thèmes tels que la valeur du refus du patient ou sur les imprécisions du texte, cf. Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI, C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe, op. cit.*, 2002, pp. 53-62.

²⁴⁵¹ Traduction de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires » issue de Cl. LOUZOUN (dir.), *Législations de santé mentale en Europe, op. cit.*, p. 132.

²⁴⁵² Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI, C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe, op. cit.*, 2002, p. 60. Un mécanisme qui le fait qualifier de « *système mixte* », c'est-à-dire à mi-chemin entre les systèmes administratifs et ceux judiciaires, par ces trois auteurs.

²⁴⁵³ Traduction de l'alinéa 5 de l'article 3 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires » issue de Cl. LOUZOUN (dir.), *Législations de santé mentale en Europe, op. cit.*, 1993, p. 132.

²⁴⁵⁴ Article 6 de la loi italienne n°180 du 13 mai 1978 « relative aux examens et traitements sanitaires volontaires et obligatoires »

professionnelles diverses [...] »²⁴⁵⁵ - n'ont pas ou mal été mises en place, et la loi, instaurant une démedicalisation des personnes atteintes de troubles mentaux, amène *de facto* une inégalité dans la prise en charge, les familles devant s'arranger pour placer leur malade dans des structures médicalisées, pas forcément spécialisées en psychiatrie, des cliniques privées ou des hospices. En alternative, c'est le risque de « *clochardisation* »²⁴⁵⁶ des malades mentaux qui pointe, voire est déjà en oeuvre²⁴⁵⁷. Le désaliénisme français se rapproche davantage de cette seconde mouvance « anti-psychiatrique »²⁴⁵⁸ au détail près qu'il ne souhaite pas, de manière radicale, la fin de l'hôpital psychiatrique, mais son évolution, son amélioration. La psychothérapie institutionnelle, notamment, affirme la possibilité de se servir de l'institution pour soigner les malades, dès lors qu'elle devient un lieu où chacun, soigné comme soignants et agents de service, devient soignant et acteur de soin. Il s'agit bien de « soigner l'institution » par la réorganisation des rapports de force en son sein.

En France, le système d'hospitalisation actuel, organisé par la loi du 27 juin 1990, ne peut néanmoins se départir de son volet sur l'hospitalisation sous contrainte, qui demeure une importante porte d'entrée dans les services de psychiatrie. Même pour des durées réduites, l'enfermement contraint reste incontestablement une des seules solutions de prise en charge immédiate d'une personne en crise et une modalité utile dans une politique de soin psychiatrique efficace. De manière plus contestable, les difficultés budgétaires et organisationnelles du secteur amènent, dans certaines régions, une utilisation humaniste abusive de ce mode de prise en charge, qui s'avère le seul moyen d'obtenir une entrée dans un service de psychiatrie publique, ces derniers étant surchargés et manquant de places. Si cette dernière utilisation ne fait qu'accentuer le caractère incontournable de l'enfermement, on notera que ce n'est, cette fois, qu'une sollicitation artificielle.

La loi de 1990 est donc déjà fortement libérale dans son offre de procédé de soin mais reste sur ce schéma conceptuel de l'enfermement. C'est précisément en contre-pied conceptuel de cette logique d'enfermement que se pose le projet de loi de mai 2010, enfant de toute la maturation intellectuelle des courants et mouvances idéologiques psychiatriques bouillonnantes depuis la Libération. Les expériences de toutes sortes faites, -il faut se nourrir ici des expériences à une échelle internationale- et ayant fourni un certain nombre de résultats, quant aux impasses, aux pièges et aux excès de certaines positions, il s'agit de monter un équilibre nouveau, mais sans doute plus en accord avec la pensée libérale actuelle entre soin, contrainte et enfermement. Le soin deviendrait une contrainte, sans forcément prendre la forme d'un enfermement. En cassant cet ancien diptyque indissociable, on offre davantage de souplesse au système du soin sans consentement. Il ne faut pourtant pas se voiler les conséquences perverses et surtout les dangers que cette évolution, *a priori* positive, du soin peut entraîner. Le contexte économique et budgétaire, dans une logique de restriction des dépenses de santé, pour commencer, ne doit pas risquer de remettre en cause une offre qui, pour moins visiblement contraignante qu'elle sera, ne doit pas être une brèche vers l'abandon des patients. La vertu du malade omniprésent, et qui en outre mobilise un lit hospitalier à cela que le soignant l'oublie peut-être moins à son triste sort -toute proportion gardée eu égard aux défauts du système et à la caricature que cette présentation pose pour en faire ressortir une vérité plus subtile-. Contrainte signifie aussi la même acceptation de l'emprise sur la liberté d'autrui, et donc les obligations attenantes à cette charge : non enfermé, le patient devra être suivi, et en cela les effectifs en personnel devront s'adapter, et il devra respecter les engagements, faute de quoi il s'agira de faire preuve d'autorité, de ne pas l'abandonner à sa volonté et ses désirs par facilité. Aller le rechercher, comme s'il était en état de fugue, dès lors qu'il ne se présente plus ou ne prend plus ses médicaments, garder une attitude vigilante même si le patient n'est plus constamment sous la surveillance de l'équipe médicale.

²⁴⁵⁵ P. FAUGERAS, « La néo-médiocratie », *Erès, Sud/Nord-Folies et Cultures*, 2004/1, n°19 « Politique et psychiatrie », p. 8

²⁴⁵⁶ Expression empruntée à Claude QUETEL, dans *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, *op. cit.*, 2009, p. 525

²⁴⁵⁷ Cf. les descriptions rapportées par Patrick FAUGERAS dans « La néo-médiocratie », *op. cit.*, 2004, pp. 31-39

²⁴⁵⁸ Notons cependant que BASAGLIA rejetait le qualificatif d'anti-psychiatrie pour le système qu'il instaurait, se revendiquant toujours comme psychiatre, mais psychiatre réformateur. C'est par facilité de langage que les historiens actuels ont tendance à placer ces mouvements étrangers contestant la psychiatrie d'ancienne école dans l'anti-psychiatrie.

Ce projet de loi se fait bien le partisan d'une réflexion modérée sur la question de l'enfermement, qu'il ne rejette pas non plus intégralement. Il s'agit de le remettre à sa place de contrainte forte, de le replacer dans toutes ses conséquences en termes d'atteinte à la liberté et aux droits des patients, sans en omettre les implications dans un cadre plus large, celui des interactions de la personne concernée avec son environnement, large comme restreint. L'enfermement peut garder une pertinence mais il n'est plus considéré comme la seule voie de salut pour le traitement en psychiatrie même sans consentement et même dès le début de la prise en charge. Il ne s'agit ainsi pas ici de prendre des positions politiques eu égard à la cohérence du projet, à son équilibre ou surtout à ses motivations profondes mais de souligner la conception idéologique dont il se fait le porteur avec ses dangers et ses avantages consubstantiels.

◇ **b) *La contestation de l'institution carcérale : de l'abolitionnisme au réductionnisme***

La contestation abolitionniste de la prison garde davantage d'actualité malgré son impact minoritaire par rapport à une réforme du traitement pénitentiaire maintenant par définition l'enfermement carcéral. Plusieurs mouvements ou penseurs, tels que « le mouvement abolitionniste des prisons et des peines », militent en ce sens, jugeant la prison destructrice pour l'individu et irrémédiablement condamnée à dysfonctionner. Selon eux, elle ne permet pas réellement de protéger la société ni de rééduquer l'individu dans la mesure où elle s'avère davantage une « école du crime » en rassemblant dans un endroit clos et dans une promiscuité souvent dénoncée des primo-délinquants et des professionnels du crime, alors qu'en parallèle elle ne parvient pas à offrir, dans la réalité, des alternatives professionnelles ou éducatives à la vacuité du temps pénal à tous les détenus. Non seulement le détenu devient ainsi davantage familier avec des criminels expérimentés mais en outre, le concept carcéral désocialise l'individu et le désadapte de la vie en société. Ne remettant généralement pas en cause la nécessité de punir, ces abolitionnistes militent pour remplacer la désuète prison par d'autres peines, telles que, notamment, la surveillance électronique.

Néanmoins, jusqu'à présent, l'enfermement garde toute sa vigueur en matière de concept punitif. Si il est parfois remplacé par des peines alternatives de natures différentes, telles que le travail d'intérêt général, le sursis avec mise à l'épreuve ou le placement sous surveillance électronique, la prison reste la référence en matière de punition, l'échelle des peines étant fixée sur les durées d'enfermement et les peines alternatives pouvant toujours être reconverties en temps d'emprisonnement ou de réclusion en cas de non-respect ou d'impossibilité de mettre en place cette autre modalité de punition. Sans compter que la sous-utilisation de ces alternatives à la prison est souvent dénoncée²⁴⁵⁹.

A l'heure où l'Europe ancre toujours davantage les droits de l'homme et leur respect dans les exigences politiques, la persistance de la dimension rééducative de la prison légitime officiellement cet enfermement carcéral, de même que l'important travail d'intégration des droits de l'Homme dans ce cadre pénitentiaire – « l'humanisation des prisons » – affirme la volonté de maintenir la peine d'enfermement parmi l'arsenal juridique pénologique. Il semble néanmoins que, en sensible retrait à ces principes, la dimension expiatoire et de neutralisation demeure en arrière-fond voire ressurgisse de manière plus affirmée. Tel est de toute évidence le cas avec le développement à partir de 1978 des peines de sûreté, régulièrement rallongées dans leur durée²⁴⁶⁰, de la création d'une peine de

²⁴⁵⁹ Cf. à ce sujet, par exemple, Y. CARTUYVELS, « Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons », dans O. de SCHUTTER et D. KAMINSKI, *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droit aux détenus*, Belgique et Paris, Bruylant et LGDJ/EJA, coll. « La pensée juridique », pp. 119-121; M. DANTI-JUAN, « Un îlot de modernité ? La prison *intra muros* », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., 2009, p. 196 et p. 197

²⁴⁶⁰ Loi des 22 novembre 1978, 2 février 1981 et 9 septembre 1986. La période de sûreté est une aggravation de la peine prononcée, en imposant une période, à l'intérieur du temps de peine, durant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucun aménagement de peine, aucune mesure lui permettant soit de réduire la durée de peine prononcée, soit de permettre la sortie ou la libération anticipée du condamné. Concrètement, le condamné ne peut donc bénéficier, durant cette période, des dispositions relatives au fractionnement ou à la suspension de peine, de placement à l'extérieur, de permission de sortir, de la semi-liberté ou de la libération conditionnelle, sans compter que les réductions de peines obtenues ne sont déductibles que de la partie de la peine non concernée par la période de sûreté. Selon la durée de la condamnation et l'infraction commise, le prononcé de la période de sûreté sera soit obligatoire soit facultative pour la juridiction de jugement, de même que la durée peut être fixée, choisie, ou allongée selon les

prison à perpétuité « réelle » dans le nouveau Code pénal par la loi du 1er février 1994²⁴⁶¹ – qui fait réapparaître une fonction d'élimination au sens plein du terme dans la peine de prison – et du durcissement général du droit pénal²⁴⁶² dans un climat sociétal jouant sur l'inquiétude et le besoin de sécurité²⁴⁶³. La « [...] *protection effective de la société* [...] »²⁴⁶⁴ se réinscrit de manière affirmée dans le droit pénal, certes, et cela n'a rien de choquant, mais par contre, avec ce durcissement progressif et significatif, c'est le danger de « [...] *la peine sans issue* [...] »²⁴⁶⁵, du « [...] *temps [...] se fige[ant] dans une inexorable expiation* »²⁴⁶⁶ sans perspective « [...] *de nouveau commencement* [...] »²⁴⁶⁷ qui refait surface. Selon Denis SALAS, la « *dialectique de la punition et du pardon*, [disons plutôt son acquittement, telle une dette] *est directement touchée* »²⁴⁶⁸. Tandis que, dans l'autre sens, le débat sur les conditions de vie des détenus intéresse peu l'opinion publique²⁴⁶⁹, et est électoralement un combat généralement peu porteur²⁴⁷⁰.

Même chez des auteurs très critiques à l'égard de l'institution carcérale et de l'utilité de cette peine comme Martine HERZOG-EVANS, le combat n'est pas à l'abolitionnisme mais bien plus au réductionnisme. Sur certains types de profils, des fonctions notamment de neutralisation peuvent se concevoir. Mais de toute évidence, une telle qualité de l'enfermement ne peut concerner les 63 000 détenus actuellement incarcérés entre ses murs ; bien au contraire, très rapidement et très souvent, ce qui ressort, c'est l'effet délétère d'un enfermement désocialisant, ne trouvant pas de sens chez les individus qu'il atteint et créateur de ressentiments envers la société. Pour être censé, l'enfermement doit être pensé au cas par cas et rester réellement la mesure ultime et pensée pour être positive.

cas. (article 132-23 CP). Ceci dit, malgré le caractère de « peine incompressible » qu'elle donne à la peine prononcée durant ce temps d'enfermement non-aménageable, la durée de la période de sûreté peut néanmoins être modifiée en cours d'exécution de peine. Mais il s'agit là de cas exceptionnels, l'initiative devant venir du juge d'application des peines et sous condition de temps déjà écoulé ainsi que uniquement si le condamné présente « [...] *des gages sérieux de réadaptation sociale* [...] » (article 720-4 CPP).

²⁴⁶¹ Il s'agit en réalité de prononcer une période de sûreté perpétuelle, introduite par cette loi du 1er février 1994, pour une personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité. Cette peine ne peut être prononcée que pour des infractions bien précises, - celle d'homicide d'un mineur de quinze ans précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie -, et n'est pas obligatoire pour la Cour d'assises (articles 221-3 et 221-4 CP).

²⁴⁶² On pense ici notamment à la vague de lois de lutte contre la récidive et toutes les mesures de lutte contre le terrorisme, contre la criminalité organisée etc. qui ont vu le jour dans les dix dernières années. La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (1) » sur les peines planchers est particulièrement représentative de ce mouvement volontaire de durcissement de la sanction.

²⁴⁶³ Ainsi que le fait remarquer Eric PECHILLON, la suppression de la peine de mort de l'arsenal juridique français a amené la prison à prendre en charge, et donc à concevoir, une peine et un traitement pour les condamnés les plus dangereux. La peine de prison doit offrir un éventail suffisant pour assurer également les plus lourdes peines de la palette pénologique. (E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 54). Remarque confirmée par les réflexions de Denis SALAS sur le même sujet (cf. D. SALAS, *La volonté de punir*, op. cit., 2005, p. 45). C'est dans cette optique que le code pénal de 1992 a ajouté un troisième degré de peine criminelle à temps, à trente ans de réclusion, aux deux précédents, fixés respectivement à quinze et à vingt ans. Il s'agirait, selon Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, du rétablissement d'une hiérarchie parmi les crimes les plus graves, hiérarchie qui avait disparu avec l'abolition de la peine de mort. Ils refusent en conséquence d'y voir un durcissement du droit pénal mais, au contraire, soulignent l'abaissement de la rigueur qu'indique cette démarche du législateur (F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal. Tome 1 : Droit pénal général*, Paris, Economica, coll. « Droit pénal » 6e éd., 1999, p. 622).

²⁴⁶⁴ Ainsi, l'article 132-24 CP, portant sur l'individualisation des peines, s'est vu augmenter par la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 « relative au traitement de la récidive des infractions pénales (1) », d'un second alinéa rappelant l'importance de « la protection effective de la société » dans le cadre pénal : il s'agit donc d'en tenir compte pour fixer la peine individualisée

²⁴⁶⁵ D. SALAS, *La volonté de punir*, op. cit., 2005, p. 45

²⁴⁶⁶ *Idem* p. 45

²⁴⁶⁷ *Idem* p. 45

²⁴⁶⁸ *Idem* p. 45

²⁴⁶⁹ Cf à ce sujet les remarques de Philippe ARTIERES, Pierre LASCOUMES et Grégory SALLES, « Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ? », dans Ph. ARTIERES et P. LASCOUMES (dir.), *Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de Science Po, 2004, pp. 31-32

²⁴⁷⁰ On en veut pour preuve l'oubli fatal du projet de loi pénitentiaire engagé en 2000, suite à la prise de conscience générale de l'état des prisons françaises par la publication du livre de Véronique VASSEUR *Médecin-chef à la prison de la Santé*. Les élections présidentielles de 2002 ont amené le Gouvernement de l'époque à mettre de côté, dès 2001, ce dossier en passe d'aboutir. (cf. Ph. ARTIERES et P. LASCOUMES (dir.), *Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* op. cit., 2004, pp. 36-40).

Trop souvent, elle n'est que le palliatif face à l'échec ou à l'impossibilité de mettre en place d'autres mesures.

L'enfermement strict tend à perdre son hégémonie en terme de traitement des populations du ressort des institutions psychiatrique et pénitentiaire, sans être voué à disparaître intégralement. Mais le phénomène est clair : la tendance, pour travailler en ce sens, est à l'écramage des situations ouvrant à enfermement et non à une refonte intégrale des systèmes anciens de privation de liberté. La manière dont s'opère ce rééquilibrage amène à faire ressortir avec d'autant plus d'acuité les cas de création de mesures d'enfermement *ex nihilo* comme l'est l'instauration de la mesure de rétention de sûreté et à s'interroger avec d'autant plus d'intensité sur les fondements idéologiques et sur les enseignements juridico-sociologiques auxquels amène cette réflexion.

B · LA MESURE DE RETENTION DE SURETE, UNE REMISE EN CAUSE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT PENAL ET DES VALEURS REPUBLICAINES

Créée par la loi n°2008-174 du 25 février 2008²⁴⁷¹, la mesure de rétention de sûreté marque une rupture dans les principes républicains fondateurs du droit pénal. Il s'agit de maintenir un individu condamné enfermé au-delà de son temps de peine. Mesure *ante delictum* ne visant qu'à prévenir un risque de récidive, s'appuyant sur des prédictions de risque et non sur des faits, elle entre de plain-pied dans la logique de défense sociale : il s'agit de neutraliser l'individu probablement dangereux en vue de protéger la société, seul objectif recherché par le droit pénal dans le cadre de ce courant de pensée positiviste porté par Cesare LOMBROSO au XIXe siècle.

Poussée à son extrême, cette idéologie mène « [...] aux pires débordements [...] »²⁴⁷², par exemple l'élimination du « *microbe social* »²⁴⁷³ que constitue « *l'homme objectivement dangereux* »²⁴⁷⁴. Or qu'est-ce que l'« homme objectivement dangereux » ? Quelle bases scientifiques permettent de le désigner ? Comment définir et critériser la dangerosité criminologique ? On l'a évoqué en introduction, ces questions demeurent sans réponse, ou ouvrent sur des polémiques qui ne peuvent permettre la prise de décision.

Si la mesure de rétention de sûreté est emmaillottée de garanties pour éviter d'atteindre l'inacceptable de la doctrine de la défense sociale, il n'empêche que, dans son principe même, elle atteint de manière préoccupante les fondamentaux du droit pénal français. L'individu est enfermé non plus pour ce qu'il a fait mais pour ce qu'il est, comme le martèle Robert BADINTER²⁴⁷⁵, c'est une remise en cause profonde de notre système de justice appuyé sur la responsabilité de la personne pour ses actes, ce à quoi s'accorde la CNCDH²⁴⁷⁶. Une justice qui part du postulat que

²⁴⁷¹ La proposition d'une telle mesure a été ébauchée dans le Rapport de la Commission Santé - Justice présidée par Jean-François BURGELIN rendu en juillet 2005 (J.-F.BURGELIN (Commission présidée par), *Santé, justice et dangers* : pour une meilleure prévention de la récidive. Rapport de la commission santé-justice présidée par Monsieur Jean-François Burgelin, [en ligne], Paris, Ministère de la justice, juillet 2005, pp.75-79) puis reprise et amplement développée par le Rapport GARRAUD (J-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité. Rapport sur la Mission Parlementaire confiée par le Premier Ministre à Monsieur Jean-Paul GARRAUD, député de la Gironde, sur la Dangerosité et la prise en charge des Individus Dangereux*, [en ligne], Paris, Premier Ministre, octobre 2006, pp. LI-LXXXVI)

²⁴⁷² F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal. op. cit.*, 1999, p. 24

²⁴⁷³ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de rétention de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *op.cit.*, 2008, p. 7.

²⁴⁷⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal. op. cit.*, 1999, p. 23

²⁴⁷⁵ Cf. R. BADINTER, « Le retour de l'homme dangereux », *Le Nouvel Observateur*, 2008, p. 73

²⁴⁷⁶ La CNCDH s'est auto-saisie pour faire part de ses remarques sur le projet de loi au Gouvernement, ce dernier n'ayant pas jugé utile de la consulter de lui-même sur cette question. Elle a donc rendu son *Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental* le 7 février 2008, très

l'homme est doué de raison et libre, donc qu'à partir du moment où il contrevient à la loi, il doit en répondre devant la justice²⁴⁷⁷. Avec cette mesure excipant du principe de précaution, de la lutte contre la récidive et de la protection de la société, « [n]ous quittons la réalité des faits (le crime commis) pour la plasticité des hypothèses (le crime virtuel qui pourrait être commis par cet homme dangereux). »²⁴⁷⁸, « [...] nous franchissons la ligne qui sépare la justice de liberté fondée sur la responsabilité de l'auteur du crime, d'un régime [...] fondé sur la dangerosité présumée d'un auteur virtuel d'infractions éventuelles. »²⁴⁷⁹. Pour le constitutionnaliste Dominique ROUSSEAU, « [i]l s'agit d'un basculement dangereux. [...] Le législateur semble avoir baissé les bras sur le caractère réhabilitateur de la peine, qui est à la base de notre droit. »²⁴⁸⁰. On joue une partition sécuritaire bafouant le droit à la sûreté d'individus s'étant acquittés de leur dette envers la société en ayant purgé leur peine, et qui risquent de voir se prolonger leur enfermement au titre d'un pronostic de récidive. Il ne s'agit pas là de contester l'existence d'une minorité d'individus incapables de s'adapter à la société mais de s'interroger au préalable sur les autres solutions existantes pour répondre efficacement sur le plan de la sécurité de la société sans remettre en cause de manière si forte les principes républicains et la présomption d'innocence. De relever, surtout, qu'au prétexte que cette minorité existe, que le risque plane donc toujours, de leur fait, au-dessus des citoyens, il faut adopter une mesure aussi liberticide qui, nécessairement, balayera plus large que nécessaire ; qui enfermera donc des personnes qui n'auraient pas récidivé. Dans le gouvernement de l'émotion, où les lois pénales sont adoptées au rythme de scandales choquants – ici l'« affaire Francis EVRARD »²⁴⁸¹ –, la loi du nombre l'emporte sur les principes, la sécurité sur la sûreté, faisant fi de la hiérarchie des normes qui sous-tend pourtant l'édifice juridique²⁴⁸². Les passions paralysent la réflexion, balayant sèchement la mise en balance des inconvénients de la mesure par rapport d'une part à ses gains et à la faiblesse de son assise théorique, d'autre part à la difficulté de sa mise en oeuvre.

Toute la cohérence de la mesure tient dans l'utilisation de l'enfermement. Eu égard aux individus que la loi voue à ce type de rétention, seule la neutralisation par l'enfermement peut s'avérer efficace. C'est donc le degré de dangerosité des individus considérés qui justifie les modalités de la mesure ; mais, c'est en retour des modalités aussi draconiennes qui font la crédibilité de la mesure aux yeux de l'opinion. On semble dans un cercle fermé d'acceptation populaire et de justification juridique : il fallait expliquer légalement, et imposer juridiquement en dépit des principes, une telle mesure, qui était souhaitée, semble t-il, par 48 % des Français²⁴⁸³ et qui, dans tous les cas, était significative politiquement. L'enfermement garde d'ailleurs sa place de mesure extrême, synonyme qu'il est de mesure d'« *ultime recours* »²⁴⁸⁴, au même titre que la détention provisoire l'est dans le cadre de l'instruction ; la mesure de rétention de sûreté ne peut être prise qu'« *à titre exceptionnel* »²⁴⁸⁵. C'est ainsi que les conditions pouvant permettre la décision d'une telle rétention sont très restrictives, relativement nombreuses et cumulatives. D'après Monsieur MATSOPOULOU, la Chancellerie évaluerait à une dizaine de personnes par an, tout au

critique sur le projet de loi en cause (CNCDDH, [en ligne], *op. cit.*. Cf. notamment, sur la remise en cause des principes de 1789, § 7).

²⁴⁷⁷ Ce qui entraîne en contrepartie un certain nombre d'exceptions déterminées, en première ligne desquelles la folie, l'absence de discernement ou de contrôle de ses actes, qui peuvent justifier précisément une irresponsabilité.

²⁴⁷⁸ R. BADINTER, « La prison après la peine », *Le Monde*, 28/11/2007, p. 20

²⁴⁷⁹ R. BADINTER, « Le retour de l'homme dangereux », *op. cit.*, 2008, p. 73. On retrouve des termes semblables dans l'avis de la CNCDDH précité, § 7.

²⁴⁸⁰ A. SALLES, « Le droit pénal bascule vers la défense sociale », *Le Monde*, 23 février 2008, p. 10

²⁴⁸¹ Un pédophile sous surveillance judiciaire ayant violé un petit garçon peu de temps après sa remise en liberté.

²⁴⁸² Le droit à la sûreté est un droit à valeur constitutionnelle tandis que le droit à la sécurité n'a qu'une qualification légale de droit fondamental et n'est reconnu qu'au titre d'objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (Conseil constitutionnel, décision n° 94- 352 DC du 18/1/1995, « Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité », cons. 3 et 4)

²⁴⁸³ Notons cependant que, eu égard à ces chiffres, 52 % de la population française ne s'est pas déclaré favorable à cette mesure..

²⁴⁸⁴ J.-R. LECERF, Rapport fait au nom de la commission des Lois [...] relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Sénat, n°174, *op. cit.*, 2007, p. 49

²⁴⁸⁵ Alinéa 1er de l'article 706-53-13 CPP

plus à une vingtaine, celles susceptibles de faire l'objet d'une rétention de sûreté²⁴⁸⁶. Néanmoins, comme il le relève lui-même, la formule de l'article 706-53-14 CPP, obligeant la commission à travailler par élimination en justifiant qu'aucune des autres mesures de sûreté existant en droit français ne lui paraît suffisantes eu égard à l'extrême dangerosité de l'individu en cause, rappelle étrangement celle de l'article 144 CPP concernant la mise en détention provisoire. Or, note-t-il, cela « [...] *n'a pourtant pas empêché les nombreux abus dans ce domaine* »²⁴⁸⁷...

La rétention de sûreté est donc une mesure prononcée pour prendre effet à la fin de la peine, par une juridiction *ad hoc* ; elle doit néanmoins avoir été expressément prévue par la Cour d'assises dans sa décision de condamnation. Premier verrou conseillé par le Conseil d'Etat eu égard à la gravité des conséquences de la mesure, et qui, cumulé avec le rejet de la rétroactivité de cette rétention de sûreté par le Conseil Constitutionnel, amène un flou quant à la nature de cette mesure. Le même Conseil Constitutionnel refuse expressément de voir en elle « [...] *une peine* [...] *ou une sanction ayant le caractère d'une punition* »²⁴⁸⁸ alors même que, comme le remarque Martine HERZOG-EVANS, c'est « [...] *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction* »²⁴⁸⁹, autant d'éléments rappelant de manière troublante les caractéristiques d'une peine, que le Conseil a estimé que la mesure ne pouvait avoir d'effet rétroactif²⁴⁹⁰. Il est vrai que ce qui est prononcé par la Cour d'assises est l'exigence d'un « [...] *réexamen de la situation de la personne à la fin de l'issue de sa peine* »²⁴⁹¹ en vue d'éventuellement décider d'une rétention de sûreté. Elle ne peut donc imposer dès le départ la rétention ; salutaire prise en compte du caractère évolutif du comportement de l'être humain, et sans laquelle il paraissait vraiment difficile de maintenir le rejet de son caractère de peine^{2492 2493}.

²⁴⁸⁶ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de rétention de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *op. cit.*, 2008, p. 9

²⁴⁸⁷ *Idem* p. 10

²⁴⁸⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », cons.9. En effet, le Conseil constitutionnel explique que cette mesure, qui n'est pas décidée par la Cour d'assises, mais dont la potentialité de prononcé, à l'expiration de la peine, est seulement ouverte par cette juridiction lors du prononcé de la peine, ne s'appuie pas sur la culpabilité mais sur la « *particulière dangerosité* » de la personne concernée.

²⁴⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », préc., cons.10

²⁴⁹⁰ Cette absence de rétroactivité est d'ailleurs à relativiser ; elle n'est en réalité que partielle. En effet, la rétroactivité porte uniquement sur la mesure de rétention de sûreté et non, notamment, sur celle de surveillance de sûreté (cf. explications *infra*) qui se voit appliquer de manière classique le régime de l'application immédiate de la loi comme il sied, selon l'article 112-2 du Code pénal, aux lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines. Or la rétention de sûreté peut servir de sanction du non-respect des obligations posées dans le cadre d'une surveillance de sûreté, qui peut être prononcée dès à présent suite à un suivi socio-judiciaire ou à une surveillance judiciaire eux-mêmes prononcés avant le 26 février 2008. Dès à présent, la rétention de sûreté est donc susceptible de s'appliquer.

Il n'est pas certain que même cette rétroactivité *a minima* passe le portique intransigeant de la Cour EDH, qui a condamné l'Allemagne sur la base de l'article 5 § 1 CEDH, dans son arrêt « *M. c/ Allemagne* » du 17/12/2009 (req. n° 19359/04) précisément car au moment de la condamnation, la durée de la détention de sûreté avait une durée limitée et que l'on ne pouvait prévoir l'amendement au code pénal posant une possibilité de durée illimitée à cette mesure. Dès lors, la Cour a jugé que la prolongation de la privation de liberté rendue possible par cette modification du code n'avait plus de lien de causalité avec la condamnation initiale, à laquelle était liée, par contre, la mesure de détention de sûreté mais pour une durée maximale de dix ans (cf. notamment § 100 et 104).

On peut dans tous les cas noter l'évitement de condamnations par la Cour européenne qu'a permis le Conseil Constitutionnel en censurant la rétroactivité généralisée de la mesure.

²⁴⁹¹ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de rétention de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. », *op. cit.*, 2008, p. 10

²⁴⁹² Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », cons. n° 9

²⁴⁹³ Notons néanmoins le récent arrêt de la Cour EDH « *M. c/ Allemagne* » du 17/12/2009, préc., qui pourrait faire réfléchir l'Etat français sur cette qualification de peine de cette mesure. Dans cet arrêt, la Cour Européenne analyse, - sous son prisme, rappelant que « [...] *son appréciation n'est pas liée par la qualification nationale* » (§)-, la mesure de détention de sûreté allemande très similaire à celle française, comme une peine au sens de l'article 7 §1. Elle s'appuie pour ce faire sur la nature de la mesure, qui se résout par une privation de liberté (§ 127), sur le fait qu'elle s'effectue, en Allemagne, dans les mêmes établissements que les détenus « *ordinaires* », quoique dans des ailes séparées, et dans des conditions de régimes quasi-similaires (quoiqu'en dise le Gouvernement allemand) (§ 127), que

On notera néanmoins la première répercussion immédiate du choix fait par la cour d'assises : dès la première année suivant sa condamnation définitive, le condamné est placé par le juge d'application des peines pour une évaluation durant « [...] *au moins six semaines, dans un service spécialisé* [...] »²⁴⁹⁴, afin de déterminer les modalités de prise en charge sociale et sanitaire qui seront nécessaires au cours de l'exécution de la peine. A partir de cette évaluation, le juge d'application des peines établit ensuite un parcours d'exécution de peine individualisé, pouvant aller jusqu'à l'organisation d'une hospitalisation si il est constaté et recommandé médicalement que le condamné souffre de troubles psychiques nécessitant une telle prise en charge²⁴⁹⁵. Et deux ans avant la date prévue pour la libération, le même condamné est de nouveau soumis à un bilan²⁴⁹⁶ afin d'adapter éventuellement le traitement proposé, par exemple, le cas échéant, par une prise en charge dans un « [...] *établissement pénitentiaire spécialisé* »²⁴⁹⁷. Peut-être, au moins, une dimension louable de la rétention de sûreté sera-t-il le meilleur suivi de l'offre de soin en prison, avec une meilleure adaptation individuelle à chaque cas.

Outre cette première obligation, plusieurs conditions de fond encadrent de manière stricte le prononcé d'une telle décision : en premier lieu, la personne en cause doit avoir été condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour l'un des crimes limitativement énumérés caractérisés par leur gravité²⁴⁹⁸, et présenter « [...] *une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elle souffre d'un trouble grave de la personnalité*. ». Le texte met ainsi au défi d'une part de fixer les critères de la « particulière dangerosité » et d'autre part de donner des pronostics sur le risque de récidive. La seule certitude est que c'est la dangerosité criminologique qu'il faut ici prendre en compte, et non

son but apparaît autant punitif que préventif eu égard à l'absence de véritable programme ou mesures criminologiques visant à accompagner de manière solide les détenus vers une réintégration de la société, ce qui serait le signe d'une mesure vraiment préventive (§ 128, 129 et 130), que les procédures de prononcé et d'exécution de la mesure sont confiées à des juridictions pénales, qu'il s'agit d'une des mesures les plus graves -voire la plus grave- que prévoit le Code pénal allemand (ce critère de la gravité étant retenu mais étant précisé qu'il n'est pas un critère décisif en lui-même) (§ 132). Un certain nombre de critères relevés par la Cour comme amenant à cette qualification de peine doivent ainsi interpeller le droit français, et tout particulièrement celui de l'exigence de l'instauration d'un véritable programme adapté aux types de délinquants pouvant être placés en rétention de sûreté et visant à les ramener à une réintégration possible dans la société. Des programmes prévus par les textes français, mais que des auteurs comme Martine HERZOG-EVANS jugent encore impossibles à mettre en place en l'état actuel de la criminologie en France, inexistante.

Notons également la condamnation sans appel de cette mesure de rétention de sûreté par le Comité contre la Torture de l'ONU, au nom du « [...] *principe fondamental de la légalité en droit pénal* [...] » du fait de « [...] l'absence d'éléments matériels objectivement définissables et prévisibles, l'absence de lien causal entre l'infraction et la peine en jeu, ainsi que par sa possible application rétroactive [...] » (COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observations finales du Comité contre la Torture. France*, [en ligne], mai 2010, p 10, § 29). Le comité évoque également une mobilisation possible de l'article 16 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, se rapportant à l'interdiction de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant, eu égard à l'absence de « [...] *limite temporelle* [...] » fixée à cet enfermement (COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observations finales, op. cit.*, 2010, p 10, § 29) .

²⁴⁹⁴ Article 717-1 A CPP

²⁴⁹⁵ Article 717-1 A CPP

²⁴⁹⁶ Ce bilan consiste en réalité en la justification, par le condamné, devant le juge d'application des peines, « [...] *des suites données au suivi médical et psychologique adapté qui a pu lui être proposé* [...] » en début de peine (al. 6 de l'article 717-1 CPP). Le contenu de cette « justification » demeure incertain : le juge demandera-t-il, à titre de preuve, seulement l'assurance que le condamné « [...] *a bien déféré à ces sollicitations* [...] » ou exigera-t-il la preuve de progrès réalisés ? (M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJP* 2008, n°4/2008, p. 163)

²⁴⁹⁷ Al. 6 de l'article 717-1 CPP

²⁴⁹⁸ Il s'agit, des « [...] crimes [...] d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration » dès lors qu'ils sont commis sur une victime mineure et des « [...] crimes [...] d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravés, [...] » lorsqu'ils sont commis sur une victime majeure (alinéa 2 de l'article 706-53-13 CPP). La loi du 10 mars 2010 est venue descendre le degré de gravité exigée d'un cran en rendant les cas de meurtre, torture ou actes de barbarie, viol, enlèvement ou séquestration même non aggravés mais commis en situation de récidive légale passibles de cette mesure de rétention de sûreté. Notons que la violation des obligations imposées à l'intéressé dans le cadre d'une rétention de sûreté (alinéa 3 de l'article 706-53-19 CPP) peut également autoriser le prononcé d'une mesure de rétention de sûreté, cas auquel la loi du 10 mars 2010 en rajoute un second : le refus de soumission au PSEM dans le cadre d'une surveillance de sûreté (nouvel alinéa 5 de l'article 706-53-19)

celle psychiatrique²⁴⁹⁹. Rien à voir, en effet, on l'a vu, entre les deux formes principales de ce même concept, entre le « *phénomène psychosocial caractérisé par les indices révélateurs de la grande probabilité de commettre une infraction contre les personnes ou les biens* »²⁵⁰⁰, et la notion de dangerosité établie de manière scientifique par rapport à des symptômes cliniques et des profils médicaux. Les psychiatres tiennent à marquer la différence nette entre maladie mentale et trouble de la personnalité, entre maladie mentale et psychopathie²⁵⁰¹ ou paraphilies²⁵⁰² notamment, et plus largement entre maladie mentale et délinquance. Entre le malade pour lequel l'attitude médicale est clairement définie, les « [...] *traitements chimiothérapeutiques ou psychothérapeutiques et [l]es conduites à tenir [...] font l'objet de recommandations internationales dans des guidelines ou des conférences de consensus* » d'un côté, et, de l'autre, des troubles se situant davantage au croisement du social, du sanitaire et du judiciaire, des troubles qui ne possèdent pas de traitement faisant consensus et pour lesquels les soignants se sentent « [...] *à la marge de leur exercice, [...] dans le domaine [...] d'accompagnement sociopsychosocio-éducatifs ayant un caractère expérimental [...]* » et qui ne peuvent être menés que dans le cadre d'« [...] *un exercice transversal avec les professionnels socio-éducatifs à condition que la loi soit représentée.* ». Dans ce dernier cas, on est dans le champ criminologique, qui associe psychiatres et psychologues mais est par définition multidisciplinaire, et non plus dans le champ de la pure psychiatrie. Des soins peuvent être apportés mais il ne résoudront pas l'ensemble du problème (ou alors, c'est que la personne n'avait rien à faire en prison, car elle relevait totalement du monde psychiatrique).

A noter d'ailleurs la psychiatrisation de la délinquance ici mise en oeuvre : la raison invoquée de la « *probabilité très élevée de récidive* » de la personne est qu'« *elle souffre d'un trouble grave de la personnalité.* ». Il n'y a pas d'autre alternative, la disposition législative ne prend même pas la précaution de glisser un adjectif visant à relativiser l'assertion, à la rendre moins péremptoire. La mesure était prévue, à l'origine, pour s'adresser uniquement aux délinquants sexuels, considérés comme forcément déséquilibrés au niveau de leur économie psychique. Mais

²⁴⁹⁹ Or le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relève que cette dangerosité criminologique « [...] *n'est pas une notion juridique claire* » en France, « [s]on contenu scientifique est également flou dans la mesure où l'évaluation de la dangerosité criminologique et du risque de récidive semblent sujets à controverse, et la France semble manquer d'outils pour évaluer avec précision cette dangerosité. ». En conséquence, les juges français vont se rabattre sur une expertise médicale pour l'évaluation d'une donnée qui n'est pas uniquement de ce domaine, et, conclut-il, c'est elle qui va dicter la décision judiciaire en grande partie. Il voit en conséquence dans ce mécanisme, mâtiné mais aussi vicié par l'amateurisme français dans le domaine de la criminologie et tant dénoncé par Martine HERZOG-EVANS ou le rapport LAMANDA (cf. V. LAMANDA, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux. Rapport à M. le Président de la République*, 30 mai 2008, [en ligne], consulté le 30 juillet 2010, pp. 15-17, recommandations 1 à 4), « [...] *un risque d'arbitraire dans l'appréciation de la dangerosité du criminel [...]* » intéressé et qui entachera, par suite, toute la mesure. Il se montre par ailleurs très circonspect à l'égard de cette mesure qui, rappelle-t-il, « [...] *ne doit pas mener à un emprisonnement perpétuel qui annihile tout espoir chez le détenu* », ce qui est condamné par le Cour EDH, 12/2/2008, « *KAFKARIS c/ Chypre* », req. n°21906/04, not. § 97) (cf. HAMMARBERG (Th.), *Mémorandum de Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], Strasbourg, 2008, pp. 12-14)

²⁵⁰⁰ Définition proposée par Christian DEBUYST, préc., IIe cours international de criminologie de Paris, 1953, cité par BURGELIN (J.-F.) (Commission présidée par), *Santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive. Rapport de la commission santé-justice présidée par Monsieur Jean-François Burgelin*, [en ligne], op. cit., 2005, p. 10

²⁵⁰¹ La psychopathie est une affection psychiatrique considérée à l'interface entre le domaine psychiatrique et celui médico-social. Le psychopathe est défini comme « [...] *un être amoral aux passages à l'acte agressifs fréquents. Cette personnalité pathologique révèle dans chacune de ses caractéristiques (irritabilité, impulsivité, intolérance à la frustration ...) un recours possible à la violence en tant que mode réactionnel. [...] La violence du psychopathe est rarement déconnectée de la réalité et se veut, le plus souvent, une réponse en « court-circuit » à une agression physique ou psychique ; en cela, il est de plus en plus responsabilisé. [...] [S]es passages à l'acte sont caractérisés par l'absence de préméditation [...] ; ils sont polymorphes et variés (de la grivèlerie au meurtre) et concernent surtout les biens ; ils surviennent à des moments privilégiés non spécifiques : toutes les situations frustrantes ; enfin, le psychopathe peut retourner son agressivité contre lui-même [...] et [...] une appétence pour les conduites addictives décuple sa dangerosité.* » (P.-L. LAVOINE, « Approche nosographique de la dangerosité », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé mentale*, mai 2008, n° 128, p. 32).

²⁵⁰² Les paraphilies désignent, dans le DSM notamment, « [...] un ensemble de troubles de la préférence sexuelle caractérisés par la recherche du plaisir sexuel auprès d'un partenaire ou d'un objet inadapté ou dans des circonstances anormales. Ce terme générique recouvre des anomalies telles que l'exhibitionnisme, le fétichisme, [...], la pédophilie, le masochisme et le sadisme sexuel [...] » (P. JUILLET, *Dictionnaire de psychiatrie*, Paris, éd. Du Conseil International de la Langue Française, coll. « Dictionnaire de l'Académie de médecine », 2000, p. 259

avec son extension à d'autres infractions, faut-il comprendre que tout délinquant est nécessairement « dérangé » psychologiquement ? Que la délinquance trouve nécessairement son origine dans un trouble de la personnalité si ce n'est un trouble mental ? Ne revient-on pas à la confusion entre psychiatrie, criminologie et traitement de la délinquance, à la « [...] *représentation de la délinquance comme une maladie curable* [...] » qui a eu cours aux Etats-Unis jusqu'aux années 1980, avant d'être abandonnée face à un constat d'échec ? On retrouve d'ailleurs cette logique dans le contenu de la mesure, qui vise à dispenser à l'individu retenu « [...] *une prise en charge médicale, sociale et psychologique* ». L'accent est mis sur le sanitaire, au point que l'insertion d'une dimension éducative par le Sénat a été retirée lors du travail en commission mixte paritaire. Or, relèvent les psychiatres Jean-Louis SENON et Cyril MANZANERA, « [...] *l'accompagnement (plus que la prise en charge) vise bien chez l'auteur de crimes à structurer ses capacités sociales pour permettre une insertion, à restaurer des relations aux autres, à développer l'empathie et les capacités d'insight, autant de défaillances éducatives*²⁵⁰³ *qu'une équipe peut tenter à titre expérimental* [...] *Il ne s'agit donc pas de « soigner » ni de proposer un « traitement » en l'état actuel des connaissances.* »²⁵⁰⁴. Si l'on reprend la pensée de SUTHERLAND, par exemple, « [I]e crime peut être analysé comme situé à l'union des éléments qui entrent en jeu au moment où l'infraction a été commise (éléments mécanistes ou situationnels) et des éléments qui ont exercé leur influence plus tôt dans la vie du délinquant (éléments historiques ou génétiques [sic]) »²⁵⁰⁵. Il ne s'agit pas que la psychiatrie se désengage totalement de cette prise en charge mais de la replacer à sa place de simple auxiliaire de la Justice, au même titre que les autres professionnels intervenant dans le champ social ou éducatif.

Quant à l'expertise, elle va devoir se prononcer sur une probabilité de récidive, un risque. Comme l'indique Daniel ZAGURY, il ne s'agit alors plus de porter un diagnostic, ce que la médecine sait faire, mais un pronostic, qui « [e]n médecine, [...] *est toujours probabiliste.* » Et « [e]n psychiatrie, mais surtout en criminologie, il est encore plus compliqué à établir, [...] *repos[ant] [...] sur une photographie à un moment donné.* [...] ». Par ce type d'évaluation, on entre dans l'ère de la prédiction, alors même que la croyance en la liberté humaine impose celle de l'indéterminisme. On a rejeté l'idée du « criminel né » de LOMBROSO, est-ce pour retomber dans un mécanisme actuariel et scientiste ? Or face à cette incertitude du comportement à venir de l'individu, face à leur incapacité à évaluer le risque de récidive, les psychiatres comme tous les professionnels appelés à évaluer cette dangerosité risquent de se protéger en « [...] *préférant commettre des erreurs par excès que par défaut.* ». En effet, seules les secondes risqueraient d'entraîner des mises en cause graves de leur responsabilité, les foudres médiatiques et une condamnation publique qui pourraient s'appuyer sur des faits avérés. Les premières, au contraire, concerneraient principalement la personne injustement retenue, alors même qu'elle n'aura pas de moyen de prouver son absence de récidive, donc de prouver l'erreur commise en la maintenant enfermée. Ainsi que le conclut Mireille DELMAS-MARTY, on passe de la présomption d'innocence à la « *présomption de dangerosité* »²⁵⁰⁶.

Cette évaluation doit suivre une procédure élaborée, visant à assurer son caractère multidisciplinaire et ainsi à porter un oeil réellement criminologique sur le cas de l'intéressé, quoique cette science ne soit pas reconnue par les universités françaises. A défaut de criminologues, c'est donc la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, créée par la loi du 12 décembre 2005 et déjà en charge de l'évaluation de la dangerosité des personnes à placer sous PSEM, qui doit examiner le cas des candidats à la rétention de sûreté. Elle se prononce au vu des examens et expertises effectués dans le cadre d'une observation de six semaines menée, dans un service spécialisé, par une équipe là encore pluridisciplinaire ; des éducateurs, des psychologues, des médecins généralistes, des psychiatres, des personnels de surveillance « *spécialement*

²⁵⁰³ C'est nous qui soulignons

²⁵⁰⁴ J-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJP*, 2008, p. 178

²⁵⁰⁵ *Idem* p. 179

²⁵⁰⁶ M. DELMAS-MARTY, « Réformer le parquet est inéluctable ». Entretien avec Mireille DELMAS-MARTY, *Le Monde*, 6/4/2010, p 15

formés »²⁵⁰⁷ la composent. Une expertise médicale réalisée par deux experts doit renforcer cette évaluation. Si la « particulière dangerosité » est reconnue, il lui faut s'assurer que d'une part, toutes les autres mesures de sûreté ou assimilées oeuvrant à la lutte contre la récidive (suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire, injonction de soin, PSEM etc.) « [...] *apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes mentionnés à l'article 706-53-13 CPP* »²⁵⁰⁸ – soit les crimes pouvant permettre une proposition de rétention de sûreté par la Cour d'assises –, et que, d'autre part, la rétention de sûreté « [...] *constitue [bien] l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions* »²⁵⁰⁹. Ces deux conditions sont cumulatives.

Ce n'est pourtant pas cette commission qui prend la décision finale de rétention, mais une véritable juridiction *ad hoc*, la commission régionale de la rétention de sûreté territorialement compétente. L'enjeu exceptionnel de la mesure a amené à exiger la création d'un organe spécial, composé de trois magistrats judiciaires : deux conseillers à la Cour d'appel et un président de chambre. La commission est saisie par le procureur général près la Cour d'appel, sur proposition de la commission pluridisciplinaire, et statue après un débat contradictoire, qui peut être public sur demande de l'intéressé. Ce dernier doit forcément être assisté d'un avocat, éventuellement commis d'office. En outre, la contre-expertise est un droit reconnu au condamné toute les fois qu'il la sollicitera. Cette décision doit être motivée de manière précise, en regard des conditions de fond imposées par l'article 706-53-14 CPP : devant étudier chacun de ces points, la commission régionale doit « [...] *se livrer à sa propre analyse* »²⁵¹⁰ et non se contenter de recopier l'avis de la commission pluridisciplinaire. A ce niveau, par une réserve d'interprétation, le Conseil Constitutionnel a imposé, comme troisième condition dont la vérification est mis à la charge de cette « *juridiction régionale de la rétention de sûreté* », « [...] *que la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre* [...] »²⁵¹¹. Le Conseil fait preuve d'une salutaire perfidie, -qui n'est en réalité rien d'autre qu'une rationnelle cohérence des exigences-, eu égard à la mise en oeuvre du texte par rapport aux conditions actuellement connues en prison et à la pauvreté de la psychiatrie en milieu pénitentiaire. Le législateur a su prendre acte de cette réserve, qu'il a introduit expressément *via* la loi du 10 mars 2010 dans le Code de procédure pénale, en exigeant de la juridiction régionale de la rétention de sûreté de vérifier que cette condition préalable a bien été remplie avant de prononcer un éventuel placement en rétention de sûreté²⁵¹².

L'ensemble de la procédure de réexamen de la situation du condamné en vue de cette décision est calé sur un calendrier calculé par rapport à la date de sortie de l'individu, afin que cette procédure se déroule encore dans le temps de peine et permette d'être exécutoire, le cas échéant, immédiatement à la fin de la peine. Un recours peut être déposé devant la commission nationale de la rétention de sûreté, -de même que, par la suite, cette nouvelle décision motivée est susceptible d'un pourvoi en cassation-, mais il reste non suspensif de la mesure. Il s'agit bien là d'une mesure hautement sécuritaire, et qui maintient cette cohérence tout au long de son processus : à la fois toutes les garanties du procès équitable sont mobilisées et l'individu est maintenu enfermé tant qu'une décision négative, rejetant la rétention de sûreté, n'est pas adoptée.

Le caractère sécuritaire se lit également dans le caractère perpétuel que peut prendre la mesure. En effet, comme l'indique l'article 706-53-16 CPP, cette décision n'est valable que pour un an mais elle peut être reconduite, à condition de respecter la procédure imposée pour la décision initiale, tous les ans, aucune limitation de la durée globale de la rétention ni du nombre de renouvellements possibles n'étant posée par la loi. De son côté, maigre consolation quand on

²⁵⁰⁷ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de rétention de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *op. cit.*, 2008, p. 10

²⁵⁰⁸ Article 706-53-14 CPP

²⁵⁰⁹ Article 706-53-14 CPP

²⁵¹⁰ J.-R. LECERF, Rapport fait au nom de la commission des Lois [...] relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Sénat, n°174, *op. cit.*, 2007, p. 50

²⁵¹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21/2/ 2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », préc., cons.21

²⁵¹² Alinéa 4 de l'article 706-53-14 et surtout alinéa 3 de l'article 706-53-15 CPP

imagine la détermination qu'il faut pour reconduire tous les ans cette procédure visant à maintenir la personne en rétention, l'intéressé peut demander la mainlevée du placement à la commission régionale de la rétention de sûreté. Il ne pourra cependant le faire qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la décision définitive, et ne renouveler cette procédure qu'au terme d'une période de trois mois après chaque rejet, sachant que ces décisions sont également susceptibles de l'appel devant la commission nationale et du pourvoi en cassation. Par contre, si la commission n'a pas statué dans les trois mois suivant une telle demande, la mainlevée est obtenue d'office. De même, dès que les conditions impératives justifiant la rétention ne sont plus réunies, la commission doit mettre fin de sa propre initiative à la mesure.

Le contenu de la rétention de sûreté semble tenter de minimiser le caractère neutralisateur de la mesure. Pourtant, c'est bien ce caractère qui est mis en avant par Mireille DELMAS-MARTY pour en venir à parler de « *déshumanisation* », le retenu étant, dans cette logique, ravalé au rang d'animal dangereux : on ne cherche plus à se situer par rapport à sa conscience ou à une faute commise²⁵¹³. En premier lieu, la sanitarisation dénoncée de la mesure et derrière elle de la délinquance, peut être lue comme une volonté de se déculpabiliser eu égard au durcissement que marque l'entrée de la mesure dans le droit pénal, ou une tentative pour rendre plus acceptable un procédé aussi neutralisateur. Et le fait est, en second lieu, que la rétention ne doit pas rester un temps vacant ; il s'agit bien de l'utiliser pour, selon le texte, soigner et prendre en charge socialement l'individu – et on peut espérer, dans le droit fil des réflexions précédentes sur la confusion délétère et contre-productive entre maladie et délinquance, que l'accompagnement qui sera proposé, ne se cantonnera effectivement pas à des mesures sanitaires et fera une large place à cette dimension sociale. L'objectif de réinsertion à terme dans la société est donc clairement évoqué par la loi : la « [...] *prise en charge* [...] *est [bien] destinée à permettre la fin de cette mesure.* »²⁵¹⁴. Cette prise en charge s'opère donc dans un centre spécialisé, un centre socio-médico-judiciaire de sûreté, où est proposée « [...] *de façon permanente* [...] »²⁵¹⁵ par une équipe pluri-disciplinaire à la personne retenue une encore sibylline « [...] *prise en charge médicale, sociale et psychologique* [...] »^{2516 2517}.

Dans cette optique de l'enfermement potentiellement perpétuel, et en tout cas rendant toujours incertaine la date de sortie, l'espoir du prisonnier n'a plus de borne sûre à laquelle se rattacher, il perd donc tout sens à donner à sa peine. Comment lui faire admettre la dimension de réinsertion de la peine alors qu'il n'est pas certain d'en ressentir un jour l'utilité ? Alors que cette libération ne dépendra plus de l'achèvement de sa peine et de sa bonne conduite mais de « [...] *l'appréciation de psychiatres et d'experts qui concluront ou non qu'il est atteint d'une affection particulière, la « dangerosité sociale »* »²⁵¹⁸. A partir de là, c'est à la fois la psychologie de l'individu enfermé qui s'effondre, et l'ordre maintenu dans les établissements de longues peines qui est mis à mal, car rien n'est pire pour une institution qu'un individu qui n'a rien à perdre.

Sans compter que, l'emballage pénal mené par la « *dictature de l'émotion* »²⁵¹⁹ n'ayant pas fléchi, il y a fort à craindre que le champ d'application de la mesure s'élargisse rapidement. Des crimes parmi les plus graves, tels qu'ils sont listés actuellement, le seuil peut être aisément baissé par des mesures paraissant minimales voire plébiscitées par le public, telles que le retrait de la notion d'aggravation pour les crimes concernant les victimes majeures ou l'extension à des domaines

²⁵¹³ M. DELMAS-MARTY, « Réformer le parquet est inéluctable ». *op. cit.*, 2010, p 15

²⁵¹⁴ Alinéa 4 de l'article 706-53-13 CPP

²⁵¹⁵ Alinéa 4 de l'article 706-53-13 CPP

²⁵¹⁶ Alinéa 4 de l'article 706-53-13 CPP

²⁵¹⁷ Le premier, et pour le moment le seul, centre socio-médico-judiciaire de sûreté a été installé à Fresnes, au sein de l'établissement pénitentiaire de santé nationale de Fresnes (EPSNF). Constitué d'une dizaine de studios, il est doté de son propre règlement intérieur via l'arrêté JUSK0900131A du 6 juillet 2009

²⁵¹⁸ R. BADINTER, « La prison après la peine », *op. cit.*, 2007, p. 20

²⁵¹⁹ D. ZAGURY, « Juges en blouse blanche ». Entretien avec Daniel ZAGURY, *Le Nouvel Observateur*, 31 janvier-6 février 2008, p. 73

particulièrement anxiogènes pour l'opinion comme le terrorisme. La prédiction s'est d'ailleurs en partie réalisée, à quelques ajustements près, à peine deux ans après l'adoption de la loi sur la rétention de sûreté, puisque la loi du 10 mars 2010 traitant de la récidive a déjà ôté la condition d'aggravation exigée des crimes listés commis sur des personnes majeures dès lors que les faits ont été perpétrés par un auteur en situation de récidive légale²⁵²⁰. De mesure exceptionnelle cantonnée à un champ d'infractions exceptionnellement insupportables, la mesure va progressivement se banaliser. Les pénalistes renvoient, pour étayer ce raisonnement, à l'évolution connue par les peines de sûreté²⁵²¹.

Or, relève Martine HERZOG-EVANS, tout cet édifice est irréaliste, la loi est inapplicable, du fait même de la « *religion du soin* » dans laquelle elle s'est embourbée : « *les faits sont têtus* », rappelle l'auteure, « *[e]lle ne rendra pas malades mentaux ceux qui ne le sont pas [...]* » mais surtout, elle ne multipliera pas le nombre de psychiatres déjà insuffisant, dans la psychiatrie publique, pour soigner les malades réels et non-délinquants et « *[...] elle ne les formera pas aux particularités du traitement des criminels* », enfin, elle ne créera pas elle-même le diplôme français de criminologue clinicien qui paraîtrait particulièrement adapté au travail dans les centres socio-médico-judiciaires de sûreté. Or la réserve du Conseil Constitutionnel plane : la rétention de sûreté n'est constitutionnellement recevable, en tant que « *[...] nécessaire au but poursuivi [...]* », que si « *[...] la personne condamnée a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de la prise en charge et des soins adaptés au trouble de la personnalité dont elle souffre. [...]* »²⁵²².

Une telle mesure d'enfermement marque donc un virage dans notre système juridique pénal, et il est symptomatique que ce soit bien une mesure d'enfermement qui soit effectivement en cause vu le contexte actuel, au plan des valeurs fondatrices sociétales. En effet, ainsi que l'analyse Antoine GARAPON devant la mission présidée par Georges FENECH²⁵²³, reprenant Gilles DELEUZE, « *[...] ce modèle de société [celui décrit par Michel FOUCAULT, des sociétés disciplinaires fondées sur l'enfermement de certaines catégories d'individus dans les prisons, les hôpitaux, les écoles, les casernes et destinées à rendre leur surveillance plus aisée grâce à cette stabilisation imposée] est en crise, le paradigme du milieu clos ne correspondant plus au monde actuel qui est davantage tourné vers une prise en compte des individus dans le mouvement permanent qui les anime. Dès lors, à ce paradigme du milieu clos se substitue progressivement le paradigme du contrôle continu et de la communication instantanée. L'objectif du pouvoir de contrôle n'est plus comme le pouvoir disciplinaire d'imposer une stabilité mais de s'assurer de la traçabilité de l'individu.* »²⁵²⁴.

Malgré l'actualité de ces mesures d'enfermement, on notera cependant qu'elles ne concernent que la marge. Le mouvement de fond est bien celui impulsé, le plus récemment dans la loi pénitentiaire de novembre 2009 et, parallèlement, celui qui apparaît dans le projet de loi de mai 2010 sur la réforme de l'hospitalisation sous contrainte, de désincarcéralisation, de promotion de l'alternative à la prison, de traitement psychiatrique gardant la contrainte mais sans plus automatiser l'hospitalisation, en résumé d'évitement de l'enfermement strict ou en tout cas sa réduction au minimum nécessaire. Pourtant, la mission sécuritaire demeure, l'exigence de contrainte reste nécessaire pour mettre en oeuvre les missions plus particulières à chaque institution d'exécution de

²⁵²⁰ Cf. loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale »

²⁵²¹ M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 d 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *op. cit.*, 2008, p. 164 ; R. BADINTER, « La prison après la peine », *op. cit.*, 2007, p. 20 ; J. DANET, Communication à la conférence organisée par le GENEPI « Pourquoi la fin de la peine n'est plus une certitude de sortir de prison ? Commentaires et débat autour de la loi DATI sur la rétention de sûreté », communication orale, 2008

²⁵²² Conseil constitutionnel, décision n° 2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », préc., cons. 21

²⁵²³ Mission chargée d'étudier la faisabilité de l'instauration du PSEM en France. Elle a donné lieu à un rapport intitulé *Le Placement sous surveillance électronique mobile*, rendu en avril 2005 au Premier ministre.

²⁵²⁴ Rapport de la mission confiée par le Premier ministre à Georges FENECH, *Le Placement sous surveillance électronique mobile*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, avril 2005, p. 15

la peine pour l'une, de soin en réponse à des troubles handicapants pour l'autre. La libéralisation des procédés pour les remplir n'est pas synonyme de disparition de ces missions. Et ces procédés alternatifs d'exécution des missions institutionnelles ne sont pas sans interroger sur la nouvelle « psychologie sociétale » et sur les nouvelles dérives et problématiques dont elles sont porteuses. Confortables intellectuellement en tant que mesures moins directement et violemment attentatoires aux libertés et à la dignité humaine que l'enfermement strict, elles ont pourtant tendance à endormir la vigilance tout en colonisant, parallèlement, les droits pénal et de la peine d'une part, de l'intervention psychiatrique sans consentement d'autre part et en allant même au-delà de ces champs d'action pris dans leur acception minimaliste, au-delà, donc, du terrain d'action de principe de l'enfermement. Non seulement un tel « grignotage » des libertés ne peut laisser le juriste indifférent, mais il s'agit en outre de prendre la réelle dimension de leur emprise sur les libertés des individus. Dans quelles proportions ces mesures sont-elles si libérales qu'elles en ont la réputation en regard à l'enfermement ?

II. LA CONTINUITÉ DANS LA RUPTURE : L'INSTILLATION DE LA LIBERTÉ SOUS CONTRÔLE

La privation de liberté prend un nouvel habit à travers les restrictions de liberté et mises sous contrôle des individus, pourtant « relâchés » en milieu libre. Là où le droit pénal n'aligne pas moins de huit mesures et modalités de remise en liberté sous surveillance (B), le droit de la santé n'en pose que deux à trois (A). La réflexion sur cette mise sous contrôle s'étirant dans le temps au-delà des mesures mêmes de privations de liberté ouvre sur celle du droit à l'oubli (C).

A · RESTRICTIONS DE LIBERTÉ EN LIBERTÉ POUR LES PERSONNES HOSPITALISÉES SOUS CONTRAINTE

La psychiatrie n'a pas pour objectif le contrôle social mais le soin. L'individu est moins pris comme une personne dangereuse à surveiller, que d'abord comme un individu ayant droit aux soins puis, une fois guéri, en tout cas stabilisé, à repartir, s'il le souhaite, comme tout un chacun, dans l'anonymat de la vie en société ; poursuite des soins et du projet thérapeutique devient du ressort de sa volonté et de son libre-arbitre. En conséquence, des procédés visant à garder un contrôle sur lui existent mais, contrairement au prisonnier, ils demeurent en nombre restreint : il s'agit du signalement de sa sortie (1), du fichage (2) et du procédé de la sortie d'essai (3).

§ 1. Le signalement de la sortie de l'individu

Dès la loi de 1838, la sortie n'est pas un blanc-seing délivré à l'ancien interné. Rappelons que l'article 15 de la loi de 1838 impose, pour les personnes enfermées dans le cadre du placement volontaire, que « [d]ans les vingt-quatre heures de la sortie, [...] le nom et le résidence des personnes qui auront retiré le malade, son état mental au moment de sa sortie et, autant que possible, l'indication du lieu où il aura été conduit », soit transmis, aux sous-préfets ou aux maires, ainsi que, dans tous les cas, au préfet. L'article 22, concernant les personnes sortant après un placement d'office, est, pour sa part, plus exigeant en termes de nombre d'autorités et de personnes à prévenir de cette sortie puisqu'il impose que cette information soit fournie aux procureurs, autant du lieu où est situé l'établissement d'accueil que du domicile de l'interné, au maire du domicile de la personne, qui doit lui-même prévenir la famille, ainsi qu'au ministre de l'Intérieur.

On peut s'interroger sur la motivation réelle de ces mesures. Certains y verront le refus d'abandon de l'ancien interné, notamment lorsque demande est faite, dans le cadre de la sortie suite à placement d'office, d'informer la famille ; une mesure à dimension sociale et humaniste donc. Mais n'est-on pas aussi face à l'instauration d'un contrôle social tenant l'ancien interné une fois le seuil de l'institution psychiatrique franchi, officialisant le soupçon porté dans les mentalités face au fou, malade incurable et inquiétant ? C'est l'interprétation que choisissent Marie-Pierre

CHAMPENOIS-MARMIER et Jean SANSOT dans leur enquête sur l'application de la loi de 1838 au début des années 1980, relevant que pour le cas de Paris, le préfet du département d'accueil de l'interné sortant est informé de cette sortie et donc de son retour proche sur le territoire désigné²⁵²⁵. Toute l'ambivalence de la loi, entre assistance et sécurité publique, se retrouve dans cette mesure. S'y ajoutait, selon ces auteurs, toujours pour les départements qu'ils étudient²⁵²⁶, un suivi par « [...] *un fonctionnaire*[...] » du commissariat de quartier de l'ancien placé d'office, de l'interné sur placement volontaire sorti de l'asile par sa famille en contrariété avec l'avis médical ou des malades qui paraissaient dangereux, sous forme d'enquêtes de voisinage discrètes au moins trimestrielles²⁵²⁷. Or, trace d'un suivi de même ordre apparaît dans un roman de fiction d'Hervé BAZIN, *-La tête contre les murs-*, se déroulant entre les années 1930 et la fin des années 1940²⁵²⁸ : est évoqué un suivi par visite mensuelle des anciens internés par des assistantes sociales²⁵²⁹ de la Préfecture de la Seine.

L'information demeure lacunaire : il est vraisemblable, étant donné le caractère du personnage en question, que la pratique à laquelle il est fait référence concerne les anciens internés sur placement d'office. Par contre, dans le roman, la pratique vaudrait également pour la province²⁵³⁰, ce qui semble corroboré par l'arrêt « *Consorts BOURGAUX* », traitant du département de la Charente, et dans lequel est évoqué, d'une part, un suivi par une assistante sociale du malade après sa sortie de l'hôpital et où, d'autre part, le Conseil d'Etat rappelle l'obligation pour les autorités « [...] *chargées de la police des malades mentaux* [...] » d'organiser une veille, sur la base de recueil d'informations, sur les personnes ayant fait l'objet d'un placement d'office, dont elles doivent « [...] *tirer toutes conséquences utiles* [...] » dans un but de « [...] *protection des populations* »²⁵³¹.

Dans la loi de 1990, signalement est toujours exigé en direction de diverses autorités, mais en renonçant à la divulgation de l'état de santé du patient requis par la loi précédente. Ce détail marque un premier recul dans le caractère de contrôle social de ce signalement. Second recul, pour les HDT, le maire a été volontairement évincé de la liste des autorités informées de l'hospitalisation et de la sortie d'une personne, pour des raisons de confidentialité et protection de la vie privée. Il est clair par contre, que ce signalement maintenu dans le cas des HO souligne les motivations sécuritaires de cette seconde hospitalisation et sonne comme une précaution supplémentaire prise lors de la sortie d'un individu ayant été passible d'une telle mesure ; elle garde ainsi, dans ce cas précis, tous les caractères de la mesure de contrôle social. Quant aux autres autorités ou personnes informées, -qu'il s'agisse d'une HDT ou d'une HO-, mesurer le caractère de contrôle social ou celui utilitaire et celui d'assistance est plus délicat : le fait que les autorités de contrôle de l'internement, telles que procureur, préfet, CDHP soient informées paraît d'ordre pratique, permettant de les informer aussi de la fin de leur mission de contrôle sur cette hospitalisation. Le fait que nom et adresse du proche ou de la personne ayant fait sortir le malade placé sous HDT leur soit nécessairement systématiquement communiqué peut paraître plus troublant. Le fait par contre que la famille d'un ancien hospitalisé d'office soit avertie de sa sortie garde toute son ambivalence.

Le projet de loi de mai 2010 ne modifie pas cet état du droit à propos de l'information de ces mêmes personnes concernant la sortie.

²⁵²⁵ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, *op. cit.*, 1983, p. 187

²⁵²⁶ Ceux de la Seine et de Paris

²⁵²⁷ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, *op. cit.*, 1983, p. 186

²⁵²⁸ H. BAZIN, *La tête contre les murs*, Paris, Editions Bernard Grasset, coll. « Le livre de poche », 1949, p. 221

²⁵²⁹ Vraisemblablement, vue la nature de la tâche. Le personnage parle pour sa part de « *moucharde[s] de la Préfecture* » (H. BAZIN, *La tête contre les murs*, *op.cit.*, p. 221).

²⁵³⁰ En l'occurrence, le personnage parle de l'instauration de cette pratique à sa sortie de l'asile de Saint-Gemmes-sur-Loire, situé dans le Maine-et-Loire.

²⁵³¹ Arrêt CE, 26/1/1979, « *Consorts BOURGAUX* », *Rec. Lebon*, 1979, p. 30

§ 2. Le fichage

L'existence d'un fichage pour les malades mentaux²⁵³² semble avoir été instauré sur la base lointaine de la loi de 1838, mais en vertu d'aucun texte législatif spécifique, et à Paris seulement si l'on en croit l'enquête menée par Marie-Pierre CHAMPENOIS-MARMIER et Jean SANSOT²⁵³³. Il se voudrait justifié par la protection des concitoyens de l'individu en question et de l'ordre public, le « *contrôle des malades mentaux* » étant même, selon le Conseil d'Etat dans sa posture de 1976, une obligation pour l'autorité de police²⁵³⁴. Ce fichage aurait couvert les mêmes personnes que celles concernées par l'enquête sociale trimestrielle précédemment mentionnée, à savoir à la fois les personnes placées d'office et celles placées volontairement retirées par leur famille en contrariété avec l'avis médical ou les malades qui paraissaient dangereux. Mal tenu, incomplet, une grande opacité l'entoure. Il apparaît néanmoins, à travers l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 13 mai 1976 « *Sieur DEBERON* » que cette inscription est une mesure susceptible de recours devant le juge administratif, ce document ayant des conséquences envers d'autres administrations²⁵³⁵ et ne pouvant donc être considéré comme un document d'ordre purement interne, quoiqu'il faille encore que l'intéressé soit informé de cette inscription²⁵³⁶.

Une rationalisation de ce fichage et une généralisation a été opérée par la création de fichiers concernant les malades mentaux hospitalisés sous contrainte, dits « *GEPHOSC* », en 1992²⁵³⁷, remplacés en 1994 par les actuels fichiers départementaux « *HOPSY* »²⁵³⁸, *a priori* purement dans une perspective gestionnaire : il s'agissait de faciliter d'une part la tâche de suivi des mesures d'HO et de toutes les décisions s'y rapportant devant être prises par le préfet (admission, maintien de la mesure, autorisations de sorties d'essai, levée de la mesure), notamment par la tenue d'un « [...] *échancier des certificats médicaux et des arrêtés préfectoraux* [...] »²⁵³⁹ pour les personnes placées sous HO, ainsi que, d'autre part, la tâche de secrétariat des CDHP, deux missions dévolues aux DDASS et basculées aux Agences Régionales de Santé depuis le 1er avril 2010. Ces informations sont conservées tout le temps de l'hospitalisation « [...] *et jusqu'à ce que la CDHP ait rendu son rapport* »²⁵⁴⁰, donc, d'après Monsieur GARRAUD, « [...] *jusqu'à la fin de l'année civile qui suit la levée des mesures d'hospitalisation sans consentement.* »²⁵⁴¹ et l'arrêté concernant le fichier « *HOPSY* » précise bien que le droit d'opposition reconnu par la loi « *informatique et libertés* » ne s'applique pas pour ce traitement automatisé de données personnelles nominatives.

²⁵³² Nous resterons relativement succinct sur ce sujet ici, le thème du fichage étant traité sous l'angle de la confrontation de cette mesure avec le respect des droits fondamentaux ultérieurement. Cf. *infra*

²⁵³³ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, *op. cit.*, 1983, p. 183

²⁵³⁴ Selon l'arrêt du Conseil d'Etat du 26/1/1979 « *Consorts BOURGAUX* », « [i]l appartient [en effet] aux autorités chargées de la police des malades mentaux de recueillir toutes les informations utiles sur les personnes dont l'état mental risque de menacer l'ordre public, et plus particulièrement sur celles qui ont fait l'objet de placements d'office à la suite de violences. Il appartient auxdites autorités de tirer toutes les conséquences utiles, pour la protection de la population, des informations ainsi recueillies. [...] » (*Rec. Lebon*, 1979, p. 30). La tenue d'un fichier recensant les « *aliénés* » n'est qu'une des applications pratiques permettant ce contrôle social.

²⁵³⁵ Surveillance médicale de l'intéressé, communications de renseignements sur son compte aux divers services de la Préfecture ainsi qu'à d'autres administrations et au Parquet (*source* : M. BOYON et M. NAUWELAERS, « *Chronique générale de jurisprudence administrative française* », *AJDA*, 1976, p. 200).

²⁵³⁶ Dans l'affaire en cause, Monsieur DEBERON a appris cette inscription, opérée à son insu, incidemment, à l'occasion d'un autre procès de voisinage (*source* : M. BOYON et M. NAUWELAERS, « *Chronique générale de jurisprudence administrative française* », *op. cit.*, 1976, pp. 199-200)

²⁵³⁷ Arrêté du 26 février 1992 « *relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques* », JORF du 11 mars 1992, p. 3536

²⁵³⁸ Arrêté du 19 avril 1994 « *relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques* », JORF 30 avril 1994, pp. 6328-6329

²⁵³⁹ Article 1er de l'arrêté du 11 mars 1992, repris à l'article 1er de l'arrêté de 19 avril 1994

²⁵⁴⁰ Délibération de la CNIL du 29 mars 1994, citée par J.-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité*. *op. cit.*, [en ligne], Paris, Premier Ministre, octobre 2006, p. 59. Les arrêtés, aussi bien de 1992 pour « *GEPHOSC* » que de 1994 pour « *HOPSY* » indiquent pour leur part « [...] jusqu'à la fin de l'année civile de l'admission en établissement hospitalier »

²⁵⁴¹ J.-P. GARRAUD, *Réponses à la dangerosité*. [en ligne], *op. cit.*, 2006, p. 59

Un premier basculement dans une nouvelle conception de ce fichage, sécuritaire, s'est opéré à partir de 2002, avec l'instauration d'une procédure de consultation indirecte de ce fichier²⁵⁴² par les services préfectoraux dans le cadre de l'instruction des demandes d'autorisation de détention d'armes. Depuis 2007²⁵⁴³, obligation d'utilisation de ces fichiers a été faite à toutes les DDASS, ce qui permet déjà d'harmoniser les pratiques des DDASS, aujourd'hui ARS, disséminées sur l'ensemble du territoire. Le projet de loi sur la prévention de la délinquance présenté en première lecture au Sénat le 28 juin 2006, qui devait aboutir à la loi du 5 mars 2007 proposait un renforcement, dans une visée clairement sécuritaire, de ce réseau par la création d'un fichier automatisé national, cette fois, et ne recensant que les personnes placées sous hospitalisation d'office²⁵⁴⁴. Ne devant enregistrer que des données sur la « situation administrative » de la personne, l'inscription étant opérée dès le début de l'hospitalisation mais ne devant être maintenue que pendant cinq ans après la fin de l'hospitalisation, ce fichier devait néanmoins être consultable directement par l'autorité judiciaire, le préfet, et le préfet de police à Paris, les directeurs des DDASS mais aussi toute personne individuellement habilitée par le préfet. La visée sécuritaire imprégnait cette fois sans autre alibi le projet : il s'agissait de donner accès aux informations sur les HO opérées sur un individu dans un autre département que celui dans lequel était instruite soit une nouvelle demande d'HO soit une demande de détention d'arme. Mais toute la partie de la loi concernant les personnes atteintes de troubles mentaux a finalement été retirée au cours de la deuxième lecture du texte à l'Assemblée Nationale, face au soulèvement provoqué dans les rangs des professionnels, des malades et de leurs familles. Si ce projet, gardant sa couleur très clairement sécuritaire, de protection de la société contre les malades mentaux dangereux, est réapparu dans les mesures souhaitées par le Président de la République dans le discours d'Antony, suite à un fait divers mortel mettant en cause une personne hospitalisée d'office et ayant fugué²⁵⁴⁵, on n'en trouve finalement plus trace dans le projet de loi du 5 mai 2010 de réforme de l'hospitalisation sous contrainte.

Notons néanmoins que la loi du 25 février 2008 a introduit, dans le cadre de la réforme du droit concernant l'irresponsabilité pénale des personnes atteintes de troubles mentaux, la possibilité d'inscription de cette déclaration d'irresponsabilité de manière automatique, au bulletin numéro 1 du casier judiciaire de la personne concernée quelles que soient les conditions de prononcé, et au bulletin numéro 2 dans les cas où elle serait assortie de mesures de sûreté²⁵⁴⁶. Cette dernière mesure peut susciter quelques critiques quand on connaît l'utilisation aujourd'hui faite des extraits de casier judiciaire, certificats d'une certaine intégrité morale de l'intéressé, et leur divulgation potentiellement large. L'individu ainsi stigmatisé comme auteur irresponsable d'un acte risque d'être ravalé au rang de « condamné coupable » face aux fourches caudines des analyses de la virginité du casier, ce qui n'a ni lieu d'être puisque la maladie ne peut venir interférer avec la moralité de la personne et ce qui va même à l'encontre de notre droit qui précisément ne reconnaît pas l'imputabilité des faits (ou imputabilité morale) et ce qu'on dénomme couramment la culpabilité pour les personnes atteintes de troubles mentaux lorsque ces troubles sont en lien direct avec l'acte

²⁵⁴² La CNIL avait considéré nécessaire cet accès indirect et non direct par protection du secret médical, les personnes de la DDASS habilitées à consulter ces fichiers ayant pour charge de décider de la nature des informations communicables aux services préfectoraux chargés de cette instruction des demandes d'autorisation de port d'arme. (information obtenue via J.-P. GARRAUD, *Rapport sur la dangerosité*, [en ligne], *op. cit.*, 2006, pp. 59-60)

²⁵⁴³ En application de la circulaire DGS du 23 novembre 2006

²⁵⁴⁴ Une autre proposition de fichier des personnes condamnées ayant fait l'objet d'une HO ou d'un placement en UHSA a également été émise par le Rapport GOUJON-GAUTHIER sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses, rendu le 22 juin 2006 (cf. Ph. GOUJON et Ch. GAUTHIER, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, [en ligne], Sénat n°420 (session 2005-2006), 22 juin 2006, p. 70)

²⁵⁴⁵ Le 12 novembre 2008, un jeune homme de 26 ans s'est fait poignarder mortellement en pleine rue, à Grenoble, par un homme apparemment diagnostiqué comme schizophrène ayant déjà été plusieurs fois interné suite à des agressions similaires à l'arme blanche, et ayant fugué de l'hôpital psychiatrique de Saint-Egrève où il était à nouveau placé en hospitalisation d'office.

²⁵⁴⁶ Article 4 de la loi du 25 février 2008 et 10° de l'article 768 et 16° de l'article 775 du CPP (dans leur rédaction en vigueur entre le 27 février 2008 et le 12 mars 2010)

encourant sanction²⁵⁴⁷. Certains auteurs vont plus loin, en considérant que ce type de données, davantage de nature sanitaire que ressortant d'un casier voué à recueillir « [...] *les données à caractère personnel en lien avec des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté déjà prononcées* », n'ont donc pas à y figurer et surtout, en appellent à la différenciation entre les formes de pathologies et troubles mentaux, qui ne doivent pas entraîner de mesures automatiques eu égard à leur propre variabilité en terme de gravité des actes répréhensibles commis : il y a peu de points communs, en termes de dangerosité potentielle, entre un meurtre et une dégradation de biens. Les juges doivent pouvoir en tenir compte, au-delà du choix du prononcé de mesures de sûreté ou non, pour la mémorisation stigmatisante ou non de ces faits sous le nom de la personne. Le Conseil Constitutionnel leur a donné partiellement raison sur le premier point, dans la mesure où il admet l'inscription de ces jugements ou arrêts d'irresponsabilité pénale au casier judiciaire mais uniquement durant le temps des mesures de sûreté et donc s'il y a prononcé de mesure(s) de sûreté par le juge. Il considère donc les dispositions soumises conformes à la Constitution sur ce point sous réserve de cet alignement des règles d'inscriptions au casier, tous bulletins confondus, sur les règles posées par la loi pour le bulletin numéro 2²⁵⁴⁸. C'est la loi du 10 mars 2010 qui a pris acte, de ces réserves du Conseil Constitutionnel, corrigeant en conséquence les articles 768, 769 et 775 du Code de procédure pénale ; tous les bulletins sont désormais alignés sur une même logique d'inscription durant le temps que durent, le cas échéant, les mesures de sûreté prononcées à l'encontre de la personne reconnue irresponsable pénalement²⁵⁴⁹. Cette même loi a par contre introduit l'inscription de ces personnes déclarées irresponsables dans le FNAEG dès lors qu'elles sont poursuivies pour les infractions concernées par ce fichier²⁵⁵⁰.

Un fichage à des fins gestionnaires, RIMpsy, doit enfin être signalé concernant toutes les personnes suivies par un service de psychiatrie. Obligatoire pour les soignants, et donc imposé aux patients, il interroge certains praticiens quant à une éventuelle instrumentalisation future à des fins autres que statistiques, surtout dans la mesure où les fiches-patient recueillent nombre d'informations très sensibles comme les diagnostics psychiatriques et ne sont pas anonymisées par le soignant lui-même, « à la source », mais par le Département d'Information Médicale (DIM) donc au niveau de l'établissement, avant transmission à des échelons de recueil de données nationaux. Il serait donc d'autant plus simple de permettre une consultation de ces bases de données personnelles très précises et de source médicale directe, désormais constituées, par des services par exemple préfectoraux dans des logiques sécuritaires, à la manière dont on a vu évoluer l'utilisation des fichiers HOPSY.

²⁵⁴⁷ L'imputabilité correspond à la capacité pour le sujet de comprendre la portée de ses actes, sa capacité de discernement et son libre-arbitre. On considère alors le lien entre l'acte et l'auteur dans la dimension de « *l'ordre moral inhérent à la reconnaissance de la responsabilité pénale* », au contraire de l'imputation de l'acte, qui reste au seul niveau de la reconstitution neutre du déroulement des faits, au fait que c'est bien l'individu en cause qui a commis l'acte, sans autre considération morale ou de conscience de son acte. La culpabilité, que l'on intègre généralement au débat, vient compléter cette trilogie mais davantage dans le champ de l'imputabilité. On en revient en effet à des considérations morales, sur un plan personnel, en se rapportant à la psychologie de la personne, on est dans l'approche subjective de l'infraction par son auteur. C'est à ce niveau que l'on peut dissocier les infractions intentionnelles ou non. (Cf. à ce sujet l'éclairant article d'Yves MAYAUD, « Les malades mentaux, entre non-imputabilité et imputation », *AJP*, 2004, pp. 303-309. La citation est extraite de son article, p. 306)

²⁵⁴⁸ Décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », préc., cons. 31 : « *Considérant que la décision de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ne revêt pas le caractère d'une sanction ; que, lorsque aucune mesure de sûreté prévue par l'article 706-136 du code de procédure pénale n'a été prononcée, cette information ne peut être légalement nécessaire à l'appréciation de la responsabilité pénale de la personne éventuellement poursuivie à l'occasion de procédures ultérieures ; que, dès lors, eu égard aux finalités du casier judiciaire, elle ne saurait, sans porter une atteinte non nécessaire à la protection de la vie privée qu'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789, être mentionnée au bulletin n° 1 du casier judiciaire que lorsque des mesures de sûreté prévues par le nouvel article 706-136 du code de procédure pénale ont été prononcées et tant que ces interdictions n'ont pas cessé leurs effets ; que, sous cette réserve, ces dispositions ne sont pas contraires à la Constitution.* ».

²⁵⁴⁹ Article 16 de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale »

²⁵⁵⁰ Alinéa 1er de l'article 706-54 CPP

§ 3. Le traitement psychiatrique dans le cadre des sorties d'essai

Une seule mesure permet actuellement de concilier une relative liberté de mouvement voire de gestion de sa vie par le patient et le maintien du contrôle médical imposé : la sortie d'essai. Elle permet, on l'a vu, une réinsertion dans de meilleures conditions, en accompagnant l'intéressé dans sa sortie de l'hôpital et la réintégration de sa place dans la société. Cette réponse juridique univoque – une seule procédure existant en effet dans ce cadre – prend dans la réalité quotidienne une grande variété de visages, adaptée à chaque cas individuel et s'appuyant sur des contrats de soins passés entre équipe soignante et patient. Toute une graduation de l'autonomie et de la liberté laissée à la personne soignée est permise.

Le maintien sous contrainte est le seul moyen d'obtenir juridiquement le droit d'exercer une certaine autorité sur le patient, une pression psychologique parfois nécessaire pour assurer un suivi correct de son traitement ; il est aussi un *statu quo* commode pour les médecins, leur permettant de réhospitaliser, rapidement et sans encombre de formalités, un patient en cas de problème. Mais derrière sa dimension d'assistance et de soin en direction de l'individu, la psychiatrie ne peut nier sa dimension de protection de la société ; ce maintien d'un contrôle de l'individu dans ce cadre médical joue pour le malade lui-même, pour éviter son abandon et sa dilution dans une société, dans laquelle il n'aurait pas les armes pour vivre, mais aussi dans l'intérêt de la collectivité dans son ensemble : dans un certain nombre de cas, c'est la dangerosité psychiatrique, pathologique²⁵⁵¹ de l'individu qui est ainsi jugulée.

On se trouve dans une logique principalement bien différente de celle pénitentiaire en lien avec la délinquance. Dans le cadre psychiatrique, la vision du soin refuse de définir ce dernier par rapport à des bornes temporelles. Les seuls critères valables s'établissent sur le degré de guérison du patient, sa compliance, sa prise de conscience de la nécessité de se soigner et sa capacité à gérer lui-même son traitement. Le régime de la sortie d'essai peut donc peser durant de longues années sur un malade apparemment stabilisé. Toute la difficulté est de départager le risque de contrôle social pur et la nécessité d'assistance²⁵⁵². Dans des domaines où le patient n'est pas toujours conscient des situations dans lesquelles il se place, des exigences de la vie en société et autonome, où il peut revendiquer sa liberté sans avoir les moyens intellectuels de la gérer, et cela à cause de sa maladie, la psychiatrie et le milieu médico-social semblent avoir leur rôle à jouer. Reste à évaluer dans quelle mesure doit peser la contrainte, jusqu'à quel point la psychiatrie peut s'autoriser ce pouvoir de tutelle permanent sur les faits et gestes de l'individu ainsi contrôlé, jusqu'à quel point cette tutelle est de son ressort. Sans compter que la politique de prévention semble le meilleur compromis entre sécurité et liberté en matière, particulièrement, de maladie mentale. Or, la prévention, c'est le repérage le plus en amont possible ; c'est, selon la célèbre définition de Robert CASTEL, « [...] d'abord surveiller, c'est-à-dire se mettre en position d'anticiper l'émergence d'événements indésirables (maladies, anomalies, comportements déviants, actes de délinquance, etc.) au sein de populations statistiques signalées comme porteuses de risques. »²⁵⁵³. Mais une

²⁵⁵¹ Cf. définition de la dangerosité psychiatrique *supra* p. 20. Rappelons que la notion de dangerosité, et notamment celle de dangerosité pathologique, est plurifactorielle : c'est une maladie mais aussi un environnement, un contexte spatio-temporel, l'interaction de tout un ensemble de circonstances qui créent une « situation dangereuse » propre à déclencher l'accès de violence. Dans le cadre de la dangerosité pathologique, est sous-entendue la présence d'une maladie faisant de la personne un terrain plus propice à des accès de violence. Comme se plaisent à le rappeler les psychiatres, il n'y a pas de « personnes dangereuses », mais seulement des « états dangereux », qui peuvent être maîtrisés. Or on sait que trois facteurs cumulatifs créent une situation particulièrement à risque : la désocialisation de la personne malade, une rupture dans la prise de traitement et la consommations de toxiques (drogues ou alcool). (Sources : Emission télévisée Y. CALVI, « Le pousseur fou du métro », *C dans l'air*, Paris, France 5, émission télévisuelle du 7/4/2010 et J-L. SENNINGER, « Dangerosité psychiatrique », *Santé mentale*, n° 128, mai 2008, pp. 16-21. Cf. sur ce sujet le dossier n° 128 de mai 2008 de *Santé mentale* « A propos de la dangerosité », pp. 16-64)

²⁵⁵² On notera dans tous les cas que le Conseil d'Etat considère cette mesure comme favorable à l'intéressé et donc refuse de voir dans sa qualité de patient objet de la mesure un intérêt à agir, par principe, contre une telle décision (en l'espèce l'arrêté préfectoral autorisant la sortie d'essai au titre d'aménagement de la mesure d'hospitalisation d'office dont il faisait l'objet) ; par contre, il reconnaît en amont ces décisions comme susceptibles d'être contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir dans la mesure où elles ont des conséquences importantes sur la situation de l'intéressé. (arrêté CE, 24/9/2010, « M. TOBIANA », req. n°329628, [en ligne], Légifrance, *AJDA* 2010, p. 1798, note R. GRAND). De toute évidence, il faudra donc que le patient bénéficiaire de la mesure apporte d'autres arguments prouvant son intérêt à agir, des arguments propres à chaque espèce.

²⁵⁵³ R. CASTEL, *La gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après psychanalyse*, Paris, Minuit, coll. « Le sens commun », 1981, p. 145

prévention bien comprise doit éviter de bloquer l'individu sous une étiquette, « dans une case » et doit éviter d'appliquer la dimension oppressante et liberticide de la surveillance ; ce doit être une veille consensuelle, acceptée et volontaire de la part de l'individu, sans quoi la vertueuse politique de prévention risque de se transformer effectivement en vaste politique de contrôle social, surtout dans des matières que l'on sait sensibles comme la folie.

Une réponse simple à la question de la place de la psychiatrie dans cette dialectique assistance/contrôle est d'estimer que les procédures de contrainte, définies à l'origine par l'hospitalisation donc la nécessité d'enfermement, doivent cesser dès lors que les conditions justifiant la mesure ne sont plus réunies. On a évoqué le problème posé en matière de HDT : la sortie d'essai, pourtant salutaire comme mesure de réadaptation sociale, s'avère antinomique avec cette conception stricte du soin sous contrainte. La dénonciation du contrôle social, qui aurait tendance à ne voir que l'oeil constant et la mesure liberticide ainsi imposée au patient ne doit pas faire oublier que cette mesure est un aménagement libéral de la très contraignante hospitalisation. C'est sa dérive, son maintien sur des durées longues par crainte de laisser un malade mental totalement libre, donc par peur de la folie, qui s'avère effectivement la mise en place d'un contrôle purement sécuritaire, et sans réel lien avec sa dimension soignante. L'un des risques intrinsèques à cette mesure vient précisément de son caractère plus libéral que l'hospitalisation : on remplace une mesure où la contrainte transpire à tout instant, du fait même de l'enfermement, par une autre qui rend moins visible cette dimension contraignante et dès lors amène à la rendre plus acceptable. La conséquence peut même en paraître perverse : ce qui, dans le cadre de l'enfermement, peut obliger le médecin, par appréciation éthique, à mettre au plus vite un terme à la mesure de contrainte, n'est plus, dans le cadre de la sortie d'essai, aussi prégnant. La douceur du compromis entre sécurité et liberté peut amener à instaurer cette surveillance, dans une approche qui se revendiquerait comme non angéliste et raisonnable de la folie, de ses dangers potentiels²⁵⁵⁴.

En conséquence, de toute évidence, la mesure possède intrinsèquement une dimension de contrôle social et certains médecins l'utilisent comme tel, même en maquillant cette dimension par celle médicale. Accepter de laisser un patient libre de ses choix et de la gestion de sa vie, lorsqu'il a été dangereux, peut apparaître comme une lourde responsabilité. Pourtant, une première garantie contre l'asservissement de cette mesure à un contrôle social réellement affirmé devrait être d'en laisser l'appréciation à des professionnels que l'on pourrait espérer déconnectés des impératifs politiques. L'obstacle, sur ce point, reste l'incorruptible crainte de la responsabilisation du praticien en cas de problème. Cette dernière est un maillon fondamental dans la théorie générale du processus décisionnel en tant qu'aiguillon de la qualité, et il paraît donc difficile de totalement déresponsabiliser le personnel médical ; mais il est certain que l'emballement du processus de responsabilisation actuel est délétère, là aussi, pour la qualité du travail de ces praticiens qui sont amenés à « ouvrir les parapluies » afin d'éviter tout risque de dérapage de leur patient.

La problématique prend une acuité renforcée avec l'instauration, par le projet de loi du 5 mai 2010, des soins sans consentement à la place de l'hospitalisation sans consentement : la vigilance à l'endroit de ce procédé de contrainte allégée devra être accrue à la mesure de la généralisation qu'elle fait connaître au système. Sans compter que cette réforme s'inscrit dans une politique sécuritaire affirmée en matière de soins aux malades mentaux²⁵⁵⁵. Or elle exige un suivi protocolisé contraignant des soins en ambulatoire²⁵⁵⁶, qui en soi n'est pas choquant, notamment eu égard à la recherche d'optimisation de la qualité des soins, s'il reste confidentiel dans un cadre médical. Mais en l'espèce, concernant les soins sans consentement sur demande d'un tiers ou en cas de péril imminent (ex-HDT), le directeur, qui prononce le maintien des soins au-delà des soixante-douze

²⁵⁵⁴ Cette distorsion de l'utilisation de la sortie d'essai a d'ailleurs été considérée comme un abus de la méthode par la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 3/12/ 2007, « *Madame Henriette P. et Mademoiselle Nicole P. c/ DDASS de la Loire.* »

²⁵⁵⁵ Cf. discours du Président de la république du 2 décembre 2008 au Centre Hospitalier « Erasme » à Antony, resté célèbre sous le nom de « discours d'Antony ».

²⁵⁵⁶ Le projet de loi indique, dans un L. 3211-2-1 qu'il crée : « [...] Lorsque les soins prennent la forme prévue au 2° ci-dessus, un protocole de soins est établi. Ce protocole, dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'État, définit le ou les types de soins, les lieux de leur réalisation et la périodicité des soins. [...] » (Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 17, article 3, point 12)

heures d'observation sur avis des psychiatres, doit joindre ce protocole à sa décision en cas de soins en ambulatoire et non en cas d'hospitalisation complète²⁵⁵⁷. De même, dans le cadre des soins sans consentement demandés par l'autorité publique (ex-HO), ce protocole de soins est transmis au représentant de l'Etat – en tout cas pour une proposition médicale de soins ambulatoire sans consentement au terme des soixante-douze heures d'observation²⁵⁵⁸ – ; préfet dont l'autorisation est requise, par ailleurs, à toute étape tournée vers un assouplissement de la contrainte : transformation de l'hospitalisation complète en autre modalité de soin²⁵⁵⁹, demande de sortie d'essai²⁵⁶⁰ etc. Le préfet ne gère plus seulement l'entrée et la sortie de procédure sans consentement mais tout ce qui a trait à la sécurité des tiers et au contact avec le reste de la société de la personne placée sur demande de l'autorité publique ou sur demande de l'autorité judiciaire ou ayant séjourné en UMD. De même, une possibilité de consultation d'un expert extérieur à l'établissement d'accueil du patient est créée, mais uniquement en faveur du préfet et concernant les transformations de modalités de soins de l'hospitalisation vers une autre plus libérale²⁵⁶¹. On a pu évoquer par ailleurs l'information renforcée délivrée aux autorités et à la famille de la personne placée sous soins sans consentement concernant les modalités de prises en charge en extra-hospitalier. Si cette dernière s'inscrit, on l'a dit, dans le cadre d'un accompagnement mieux pensé et véritablement humanisé de la personne par ses proches, il faudra veiller à ce qu'elle ne déborde pas de ce cadre et qu'aucune obligation ou responsabilité quelconque ne vienne peser en retour sur les proches.

Ce projet de loi n'est pas issu du néant : sa dimension sécuritaire se retrouve déjà dans la circulaire du 11 janvier 2010²⁵⁶², oeuvre conjointe du ministre de l'Intérieur Brice HORTEFEUX et de la ministre de la Santé Roselyne BACHELOT et diffusée auprès de tous les préfets de département. Les instructions portent sur un renforcement de l'attitude sécuritaire de ces agents de l'Etat dans le cadre de la prise de décision de sorties d'essai pour les personnes hospitalisées en HO. On y trouve un certain nombre de mesures reprises par le projet de loi du 5 mai : une indication de bon sens telle que la possibilité d'exigence pour le préfet, au cas par cas, que l'avis médical sur la pertinence de la sortie d'essai émane « [...] *du psychiatre assurant directement la prise en charge de la personne concernée* [...] »²⁵⁶³ y est promue. Par contre, le secret médical y est battu en brèche sans plus aucune retenue : il faut que l'autorité préfectorale dispose de toutes les informations lui permettant de prendre en toute connaissance de cause sa décision eu égard aux risques par rapport aux troubles à l'ordre public. Ce sont donc des informations médicales précises qui sont exigées, le certificat médical devant être « [...] *clair et précis sur les motifs qui conduisent le psychiatre à proposer une sortie d'essai* »²⁵⁶⁴. En outre, c'est la relation de confiance entre les services préfectoraux et ceux hospitaliers qui sont remises en cause dans ce document d'instructions abstrait : il est ainsi demandé aux préfets de se renseigner sur les mesures prises pour organiser la surveillance médicale du patient durant la sortie d'essai. L'autorité préfectorale doit prendre, dans ce cadre, un casquette de censeur veillant à s'assurer de l'absence de laxisme des psychiatres ; la directive laisse apparaître en arrière-plan comme une image débonnaire de ces médecins à partir de laquelle elle se positionne. Par ailleurs, l'exigence d'obtenir les éléments dits « *objectifs* »²⁵⁶⁵ concernant les antécédents du patient proposé à la sortie d'essai est déjà présente ici ; elle peut être complétée par un recueil d'informations sur le sujet à d'autres sources, notamment les services de police et de gendarmerie. Enfin, un délai de réflexion de soixante-douze heures doit être laissé au préfet pour prendre sa décision, délai instauré par ce document réglementaire sans assise légale

²⁵⁵⁷ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 24, article 2, point 21

²⁵⁵⁸ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 29, article 3, point 15

²⁵⁵⁹ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 31, article 3, point 25, (modifiant l'article L. 3213-3)

²⁵⁶⁰ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 31, article 3, point 25

²⁵⁶¹ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., « Exposé des motifs », p. 12

²⁵⁶² Circulaire du 11 janvier 2010, « Modalités d'application de l'article L. 3211-11 du Code de la santé publique. Hospitalisation d'office. Sorties d'essai »

²⁵⁶³ Circulaire du 11 janvier 2010, « Modalités d'application de l'article L. 3211-11 du code de la santé publique. Hospitalisation d'office. Sorties d'essai »

²⁵⁶⁴ Circulaire du 11 janvier 2010, « Modalités d'application de l'article L. 3211-11 du code de la santé publique. Hospitalisation d'office. Sorties d'essai »

²⁵⁶⁵ Circulaire du 11 janvier 2010, « Modalités d'application de l'article L. 3211-11 du code de la santé publique. Hospitalisation d'office. Sorties d'essai »

plus précise nouvelle : on est ici face à une précision purement réglementaire et nettement injonctive de la part des deux ministres rédacteurs.

La personne faisant ou ayant fait l'objet d'une mesure d'hospitalisation sous contrainte, même si cette mesure est purement tournée, *a priori*, vers son propre intérêt comme l'est en théorie l'HDT se retrouve donc prise dans un certain filet de contrôle social. Autant motivé par l'attention portée à une personne qui a montré qu'elle pouvait perdre suffisamment conscience pour nécessiter qu'une autre volonté se substitue à elle dans son intérêt que par un volonté de surveillance sociale s'assurant, pour le bien-être de la société cette fois, de son comportement, ce contrôle est caractérisé d'abord par son ambivalence. Mais il reste encore généralement relativement léger et peu pérenne au-delà du temps de la mesure même ; le problème dans le champ psychiatrique est à cet égard plutôt la durée potentiellement extensible sans limite par le corps médical, de cette mesure.

La donne était *quasi* inverse dans le principe pour les prisonniers, soumis à des mesures toujours temporellement bornées mais pouvant concerner des temps à la fois éventuellement très longs et débordant très largement le temps strict de la peine prononcée, tandis que ces mesures ne sont pas anodines pour la personne qui les sent peser sur elle. Sans compter que le principe du bornage temporel, devenant par ces artifices de durée plus une fiction intellectuelle qu'une réalité ressentie par la personne concernée, se délite lui-même avec l'adoption de mesures potentiellement infinies.

B · RESTRICTIONS DE LIBERTES EN LIBERTE POUR LES PRISONNIERS

Contrairement à la psychiatrie, la palette des procédés de contrôle disponibles pour surveiller et/ou punir la personne virtuellement détenue et faisant en réalité l'objet d'une mesure plus libérale est riche. Dans ce cadre, détention provisoire (1) et peine (2) sont dissociées, le sens de la privation de liberté et de ses aménagements n'étant pas le même dans ces deux cas et chacune ayant, en conséquence, ses propres mesures.

§ 1. La privation de liberté dans une conciliation avec la présomption d'innocence : les alternatives à la détention provisoire

Sans doute, la détention provisoire était le premier bastion de l'enfermement ferme à attaquer, l'atteinte aux libertés de l'individu pouvant paraître disproportionnée par rapport à son statut de présumé innocent. Les prévenus étaient logés à même enseigne que les condamnés, et souvent dans des conditions de vie pires qu'un certain nombre de ces derniers.

Une forte prise de conscience de cette situation peu tolérable par rapport aux principes républicains et du droit européen avait amené une première réaction forte avec la loi du 15 juin 2000, qui a instauré des conditions et des délais stricts encadrant cette possibilité de détention dans ce contexte d'enquête et d'attente du procès²⁵⁶⁶. Déjà les magistrats étaient incités depuis trente ans à utiliser des alternatives à l'enfermement dans ce contexte, avec le contrôle judiciaire.

Les lois postérieures à celle de 2000 accentuent encore ce virage, la dernière en date, celle du 24 novembre 2009, créant un nouveau procédé alternatif à la détention provisoire, plus contraignant donc plus « sûr » que celui déjà existant du contrôle judiciaire, dans l'idée qu'un certain nombre de situations, qui ne pouvaient se suffire de ce contrôle trop léger et amenaient donc au prononcé d'une détention provisoire, trouveront une réponse suffisamment sécuritaire dans les nouvelles offres d'alternatives et épargneront aux individus en cause l'enfermement carcéral. Ainsi, au traditionnel contrôle judiciaire (a), vient d'être rajoutée l'assignation à résidence avec surveillance électronique (b).

²⁵⁶⁶ Cf. *supra*, présentation de la mesure de détention provisoire

◇ a) *Le contrôle judiciaire*

Le contrôle judiciaire a été créé par la loi du 17 juillet 1970 pour offrir une alternative mesurée à la radicalité du dilemme du « [...] *tout ou rien : liberté ou incarcération* »²⁵⁶⁷ face auquel le juge d'instruction était placé du temps de l'existence de la seule détention provisoire. Cette mesure, restrictive de liberté, permet de maintenir la personne mise en examen en liberté tout en se garantissant, ou au minimum en tentant de prévenir, des risques de fuite de l'individu et d'éventuelles nouvelles infractions. L'intéressé échappe à ce temps pénible de la détention alors qu'il n'est pas condamné, la présomption d'innocence est mieux préservée.

Figurant comme technique de droit commun parmi les procédés d'entrave à la liberté avant jugement, le contrôle judiciaire relègue la détention provisoire au rang d'exception²⁵⁶⁸. Cette position de primeur ne l'affranchit pas pour autant de son caractère lui-même nécessaire ni de son utilisation mesurée, restrictive, même, selon Monsieur PRADEL²⁵⁶⁹. Ainsi, il ne peut être prononcé que « [...] *en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté* [...] »²⁵⁷⁰, c'est-à-dire en raison de risque que l'intéressé ne s'enfuit, qu'il détruise des preuves, voire qu'il commette une nouvelle infraction. Cette mesure prononcée par le juge d'instruction – ou éventuellement, le JLD en substitution à une mise en détention provisoire proposée par le juge d'instruction – ne peut l'être que sur réquisition du Ministère public²⁵⁷¹ et peut faire l'objet d'un appel devant la chambre de l'instruction.

L'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire, nécessairement motivée, fixe les obligations imposées dans ce cadre à l'intéressé, sans pour autant figer la situation puisque à tout moment, le juge d'instruction peut modifier ces obligations, en rajouter ou en retirer, voire même « [...] *accorder une dispense occasionnelle ou temporaire d'observer certaines d'entre elles* »²⁵⁷² par une nouvelle ordonnance modificative prise en ce sens et soumise au même régime que celle de placement. Il s'agit en effet de toujours garder un contrôle ajusté à la situation de l'intéressé, aux circonstances et « [...] *aux besoins d'un moment précis* [...] »²⁵⁷³.

Ces obligations sont extrêmement variées, polarisées autour de quatre finalités cumulables mais très différentes, qui amènent Monsieur PRADEL à qualifier le contrôle judiciaire de « [...] *bonne à tout faire de la procédure pénale* [...] »²⁵⁷⁴. En effet, à côté du cautionnement²⁵⁷⁵, « *modalité à finalité multiple* »²⁵⁷⁶ qui permet à la fois de réduire le risque de fuite de la personne placée sous contrôle, de protéger la victime et « [...] *de garantir les intérêts du Trésor Public* [...] »²⁵⁷⁷, pas moins de dix-sept mesures différentes, parmi lesquelles le juge peut piocher, figurent à titre de « *modalités à finalité unique* »²⁵⁷⁸ se rassemblant autour de quatre grands axes, certains recoupant

²⁵⁶⁷ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2002 (1976), p. 597

²⁵⁶⁸ L'article 137 CPP précise ainsi que « Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre.

Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou, si celles-ci se révèlent insuffisantes, être assignée à résidence avec surveillance électronique.

A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire. »

²⁵⁶⁹ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2002 (1976), p. 598

²⁵⁷⁰ Article 137 CPP

²⁵⁷¹ Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'absence de ces réquisitions entraîne la nullité de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire (Cass, crim., 22/1/2002).

²⁵⁷² Alinéa 2 de l'article 139 CPP

²⁵⁷³ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2002 (1976), p. 600

²⁵⁷⁴ *Idem* p. 601

²⁵⁷⁵ Le principe du cautionnement est de demander à la personne de consigner auprès du greffier une partie de sa fortune, le montant à consigner étant calculé sur le montant de richesse personnelle de l'individu et en tenant compte de la situation économique de l'intéressé (ressources et charges). Le montant de cette caution et les modalités de versement sont fixés par le juge. La loi du 15 juin 2000 a adjoint la possibilité de recourir à des sûretés en remplacement du cautionnement, ce qui est moins lourd pour l'intéressé.

²⁵⁷⁶ J. PRADEL, *Procédure pénale*, op. cit., 2002 (1976), p. 604

²⁵⁷⁷ *Idem* p. 604

²⁵⁷⁸ *Idem* p. 602

ceux atteints par le cautionnement : le premier groupe de mesures se rassemble autour de la nécessité d'éviter la fuite de l'intéressé, le deuxième s'articule autour de l'idée de prévention d'une récidive, le troisième, à connotations socio-éducatives ou médicales, se tourne davantage vers l'intéressé lui-même, le quatrième tend à la protection de la victime.

Le contrôle judiciaire prend fin soit par mainlevée, la mesure n'ayant plus d'utilité, soit suite à l'inobservation des obligations imposées par l'intéressé. Dans le premier cas, au cours de l'instruction, cette mainlevée peut être décidée d'office par le juge d'instruction ou ordonnée suite à la demande du Ministère public ou de l'intéressé après avis du parquet. En cas de demande de la personne sous contrôle le juge doit statuer dans un délai de cinq jours, sans quoi l'intéressé peut saisir la chambre de l'instruction qui doit se prononcer dans les vingt jours, à défaut de quoi la mainlevée est obtenue de plein droit²⁵⁷⁹. L'ordonnance doit forcément être motivée et notifiée à toutes les parties, y compris aux conseils de la partie civile le cas échéant²⁵⁸⁰. Juridictionnelle, elle est susceptible d'appel de la part du Ministère public ou de l'intéressé²⁵⁸¹. A la clôture de l'instruction, par contre, le contrôle disparaît de manière nécessaire en cas de non-lieu ou de renvoi au tribunal de police, en principe en cas de renvoi en correctionnel et jamais en cas de mise en accusation devant la cour d'assises²⁵⁸².

Dans le second cas, selon la gravité de la situation, le juge d'instruction peut être amené à saisir le JLD pour un placement en détention provisoire, révoquant du même coup la mesure de placement sous contrôle judiciaire²⁵⁸³. Dans cette situation, le placement en détention peut être ordonné par le JLD quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue^{2584 2585}.

La loi du 15 juin 2000 avait permis l'utilisation du PSE en alternative à la détention provisoire. La loi du 9 mars 2002, dite « PERBEN I » a remplacé cette possibilité par une intégration du PSE dans les modalités possibles du contrôle judiciaire, faisant de ce PSE un durcissement du contrôle social porté par le contrôle judiciaire. Martine HERZOG-EVANS différencie dès lors nettement ces deux utilisations du PSE dans le cadre de l'instruction : la première joue, selon elle, la carte sociale et la volonté d'éviter à l'intéressé les effets désocialisants de la détention tandis que l'autre est pris dans un sens sécuritaire²⁵⁸⁶. On revenait à l'unique alternative entre contrôle judiciaire ou détention provisoire, la graduation de la coercition entre le contrôle léger et la détention devant se jouer sur les modalités du contrôle judiciaire. La loi du 24 novembre 2009 a mis un terme à cette nouvelle donne en abrogeant la possibilité de placement sous surveillance électronique dans le cadre du contrôle judiciaire et en créant, à la place, un nouveau dispositif entre ce contrôle et la détention provisoire : l'assignation à résidence avec surveillance électronique²⁵⁸⁷.

◇ b) *L'assignation à résidence avec surveillance électronique*

Avec l'immixtion de cette nouvelle mesure entre les deux dispositifs traditionnels de restriction ou privation de liberté, le législateur a voulu refonder, selon Muriel GIACOPELLI²⁵⁸⁸, une véritable gradation du dispositif judiciaire face à une personne mise en examen et que l'on ne veut pas laisser en liberté totale eu égard à des impératifs de l'instruction ou sécuritaires. Selon cet

²⁵⁷⁹ Article 140 CPP

²⁵⁸⁰ Article 183 CPP

²⁵⁸¹ Article 186 CPP

²⁵⁸² Articles 177 CPP pour le non-lieu, 138 CPP pour le renvoi au tribunal de police, 179 pour le renvoi en correctionnel, 181 pour la mise en accusation devant la cour d'assise.

²⁵⁸³ Alinéa 1er de l'article 141-2 CPP

²⁵⁸⁴ Article 141-3 CPP

²⁵⁸⁵ Tandis que, rappelons-le, la détention provisoire ne peut être ordonnée, dans le cadre ordinaire, que pour une peine d'emprisonnement encourue d'au moins trois ans.

²⁵⁸⁶ M. HERZOG-EVANS, « Peine (Exécution) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, Dalloz, 2005, n° 233

²⁵⁸⁷ Mise en oeuvre pratique par le décret n°2010-355 du 1er avril 2010 « relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple », d'application immédiate (cf. son article 2)

²⁵⁸⁸ M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA*, 2010, p. 31

auteur, il s'agit de renforcer le caractère exceptionnel de la détention provisoire, en proposant une mesure relativement coercitive, plus en tout cas que les solutions existantes jusqu'ici en alternative à l'incarcération. Mais il s'agit parallèlement de ne pas évincer le contrôle judiciaire de son statut de mesure de droit commun : ce n'est que si les obligations de ce contrôle semblent insuffisantes pour garantir sécurité et bon déroulement de l'instruction que le juge doit opter pour l'assignation à résidence avec surveillance électronique.

La mesure est moins souple que ne le paraissait l'intégration du PSE dans le cadre du contrôle judiciaire puisque par essence même, elle implique le placement sous surveillance électronique là où, dans le cadre du contrôle judiciaire, il s'agissait d'une modalité que le juge n'était pas obligé de proposer. Or la personne peut, en outre, être soumise aux obligations et interdictions imposées dans le cadre du contrôle judiciaire²⁵⁸⁹.

L'assignation à résidence oblige la personne à demeurer à son domicile ou au lieu fixé par le juge « [...] et de ne s'en absenter qu'aux conditions et pour les motifs déterminés par ce magistrat. »²⁵⁹⁰. Ne pouvant être ordonnée que si la peine encourue est au moins une peine d'emprisonnement d'au moins deux ans et uniquement avec accord de l'intéressé²⁵⁹¹, elle peut être effectuée sous la forme du PSE ou sous celle du PSEM si l'infraction en cause encourt une peine de plus de sept ans de prison ainsi qu'un suivi socio-judiciaire²⁵⁹². Elle est ordonnée, après débat contradictoire – à moins qu'elle ne réponde à une demande expresse de l'intéressé dans le cadre d'une demande de mise en liberté²⁵⁹³ –, pour une durée de six mois renouvelable dans les mêmes conditions et dans la limite de deux ans d'assignation au total²⁵⁹⁴. Comme pour le contrôle judiciaire, les ordonnances du juge sont motivées et le non-respect des obligations peut être sanctionné par un placement en détention provisoire²⁵⁹⁵. La mesure est jugée suffisamment contraignante pour entraîner l'imputation de sa durée sur celle totale de l'emprisonnement prononcé par la juridiction de jugement le cas échéant, au même titre que l'est la détention provisoire.

§ 2. La liberté sous contrôle pour les condamnés

Le « suivi des libérés »²⁵⁹⁶ se complexifie, au point de devenir une jungle foisonnante au fil des réformes sous-tendues par le double-mouvement qu'épouse la lutte contre la récidive. Un mouvement constitué d'un côté, du rejet des « sorties sèches » amenant à laisser sortir les détenus avant la fin de leur peine afin qu'ils reprennent contact avec la société, ceci promouvant l'aspect social et de réinsertion de l'individu dans la société – on est dans la dimension de réhabilitation de la peine –, et constitué de l'autre côté, de l'aspect sécuritaire du traitement des condamnés, amenant à les garder sous contrôle au-delà de leur temps de peine ferme, en prolongeant cette dernière par un jeu de peines complémentaires et de mesures de sûreté²⁵⁹⁷. Par ce second biais, les temps de peine sont rallongés, psychologiquement ou réellement, par rapport aux époques antérieures à l'instauration de ces nouveaux dispositifs ; on se place alors davantage sur une fonction de neutralisation souple de la peine. Alors que toutes ces mesures sont placées, parfois sous le signe de la bienveillance, en tout cas sous celui de la décrédibilisation de la prison dans sa fonction de

²⁵⁸⁹ Alinéa 4 de l'article 142-5 CPP

²⁵⁹⁰ Alinéa 2 de l'article 142-5 CPP

²⁵⁹¹ Alinéa 1er de l'article 142-5 CPP

²⁵⁹² Alinéa 3 de l'article 142-5 CPP

²⁵⁹³ Article 142-6 CPP

²⁵⁹⁴ Article 142-7 CPP

²⁵⁹⁵ Alinéa 2 de l'article 142-8 CPP

²⁵⁹⁶ L'expression est empruntée à Pierrette PONCELA (cf. P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, 2007, p. 883).

²⁵⁹⁷ La mesure de sûreté est définie par Gérard CORNU comme une « [...] mesure de précaution destinée à compléter ou suppléer la peine encourue par un délinquant qui, relevant en principe, comme la peine, de l'autorité judiciaire ne constitue pas un châtement, mais une mesure de défense sociale imposée à un individu dangereux afin de prévenir les infractions futures qu'il pourrait commettre et que son état rend probables, l'aider ou le soumettre à un traitement. » (G. CORNU, Association René CAPITANT, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, coll. « Quadriges-Dicos poche », 8e éd. 2007 (1987), p. 587)

réinsertion²⁵⁹⁸, même les secondes, bien loin de s'afficher « [...] *abruptement en opposition* [à l'ancien détenu et] *aux mesures de réinsertion* [...], [...] *revendiquent* ²⁵⁹⁹ *aussi la réinsertion*²⁶⁰⁰, *un type bien particulier de réinsertion en milieu ouvert, comme objectif.* »²⁶⁰¹. Ces différents dispositifs pouvant s'imbriquer les uns dans les autres, la clarté du propos exige une présentation méthodique. Reprenant le canevas proposé par Pierrette PONCELA, l'exposé sera calqué sur la nature des mesures en cause : au suivi dans les limites temporelles de la peine principale (a) puis complémentaire (b) suivra le suivi post-sentenciel, constitué notamment des mesures de sûreté (c).

◇ a) *Le suivi dans les limites de la peine principale*²⁶⁰²

La plupart de ces suivis ont déjà été exposés dans le cadre de la présentation de la libéralisation de l'institution carcérale : libération conditionnelle (1), PSE (2), auxquels il faut adjoindre les réductions de peine (3). Il ne s'agit ici que d'insister sur le caractère de suivi de la mesure, instauré en contrepartie de la plus grande liberté de mouvement que retrouve l'intéressé. Ces modalités d'exécution de la peine sont-elles réellement un assouplissement de cette dernière, comme on a tendance à le croire au vu du simple fait qu'elle est exécutée en milieu ouvert ? La privation de liberté n'est-elle pas plus insidieusement mais tout autant présente, sinon prégnante ? La réalité se trouve vraisemblablement à mi-chemin entre les deux positions extrêmes, celle invoquant un laxisme dans l'exécution de la peine et celle parlant d'un embrigadement quasiment plus lourd que la prison, ne voyant que le danger pour les libertés publiques là où, incontestablement, une plus grande facilité de réinsertion est offerte.

■ 1. La libération conditionnelle

On a précédemment longuement expliqué le principe de la libération conditionnelle²⁶⁰³ et son statut de « période test » avant la sortie définitive, visant à observer le comportement à l'extérieur du condamné et prenant le visage d'une véritable mise à l'épreuve, contrôlée et émaillée d'obligations qu'elle est. Le suivi, basé sur ces mesures de contrôle et de surveillance ainsi que d'assistance, est donc indiscutable, dès lors que les acteurs professionnels, à commencer par les CIP, ont effectivement les moyens humains suffisants pour l'effectuer.

■ 2. Le Placement sous Surveillance Electronique (PSE)

Cette modalité d'exécution de la peine instaurée par la loi du 19 décembre 1997 et réellement mise en place à partir de 2001, connaît, d'après Madame PONCELA, un vif succès²⁶⁰⁴, au point que la loi du 24 novembre 2009 l'a étendue aux peines allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement²⁶⁰⁵. Le fait d'éviter la prison et le caractère désocialisant de la peine ferme est de toute évidence le premier atout de cette modalité d'exécution de la peine qui n'en est pas particulièrement laxiste pour autant. Rappelons que c'est à un contrôle serré que le placé sous surveillance électronique est soumis, avec des lourdes contraintes-horaires : l'assignation à résidence entre les temps de sortie autorisés, calculés au plus juste pour lui permettre une insertion sociale répondant aux paramètres de la justice, (c'est-à-dire soit un emploi, soit une recherche d'emploi, soit le suivi d'étude, formation professionnelle ou toute autre activité qualifiante de ce type, soit encore un traitement médical, soit « la participation à la vie de famille » soit, enfin, depuis la loi du 24 novembre 2009, un « [...] »

²⁵⁹⁸ J. DANET, Justice pénale, le tournant, *op. cit.*, 2006, p. 107

²⁵⁹⁹ C'est nous qui soulignons

²⁶⁰⁰ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine

²⁶⁰¹ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une rupture générale dans les politiques pénales ? », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, *op. cit.*, 2009, p. 183

²⁶⁰² Insistons à nouveau afin de bien comprendre la sélection faite dans les mesures ici analysées : il s'agit ici de ne traiter que du cas des libérés, - personnes donc qui n'ont pas vocation à réintégrer l'établissement pénitentiaire si leur mesure se passe sans accroc -, toutes les mesures d'aménagement en vue de préparer la sortie de l'intéressé ou d'application de peine libérales, telles, notamment, que la semi-liberté ou le placement à l'extérieur, n'ont donc pas lieu de figurer ici. (Nous nous appuyons, pour opérer cette sélection, sur l'article de Pierrette PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, 2007, pp. 883- 894)

²⁶⁰³ Cf. *supra*, pp. 187 et s.

²⁶⁰⁴ P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, 2007, p. 888

²⁶⁰⁵ Au lieu d'un an d'emprisonnement comme cela était le cas antérieurement (article 132-26-1 CP). Exception est faite, néanmoins, rappelons-le, pour les récidivistes, pour lesquels le seuil reste à une année. Cf. le décret n°2010-1276 du 27 octobre 2010 « relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines », d'application immédiate, pour la mise en oeuvre pratique de cette réforme.

projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive [...] » dans lequel il s'implique de manière durable ²⁶⁰⁶), est une forme d'enfermement. L'intéressé n'est pas beaucoup plus maître de son temps que s'il était en prison. Certes, il peut choisir ses heures de repas, il est en contact quotidien avec sa famille, mais il doit rester vigilant et penser que la moindre envie soudaine de sortie, notamment de loisir, doit être, sinon réprimée, du moins autorisée par le juge donc prévue à l'avance et argumentée sur des motifs recevables par cette autorité, au même titre qu'une permission de sortir pour un détenu incarcéré. Ce que l'on veut signifier par cet exemple, c'est la nécessité d'adaptation d'une forme d'enfermement dans un cadre de vie libérale. Il faut accepter de voir les autres jouir de leur liberté sans soi-même pouvoir bénéficier de la même latitude, ce qui reste difficile à supporter psychologiquement. Une réalité qui amène les métaphores de « *l'horloge dans la tête* » et des « *barreaux dans la tête* »²⁶⁰⁷ en remplacement des barreaux bien physiques de la prison. Une réalité qui avait amené également le législateur à limiter sa durée à un maximum d'un an, quel que soit le contexte dans lequel ce placement est prononcé ; l'allongement à deux ans maximum par la loi du 24 novembre 2009 paraît à cet égard déraisonnable eu égard au seuil observé de supportabilité donc de viabilité de cette mesure, évalué à six mois par les conseillers d'insertion et de probation-, et risque ainsi de rendre cette mesure pénologiquement intéressante partiellement inefficace²⁶⁰⁸. Le placement sous surveillance électronique est une modalité de peine à maints égards progressiste, qui effectivement permet d'éviter la désocialisation du délinquant par son maintien dans la cellule familiale et dans la vie en société, mais qui demeure une peine. L'ambiguïté de la mesure eu égard à son caractère à la fois libéral et contraignant, jouant sur la surveillance plutôt que sur la neutralisation, est fréquemment relevée²⁶⁰⁹.

■ 3. Les réductions de peine

La loi du 29 décembre 1972 avait créé le premier système de réduction de peine, permettant au juge d'application des peines d'accorder aux détenus ayant prouvé leur bonne conduite un temps, pouvant aller jusqu'à trois mois par année d'incarcération, retiré de leur temps de peine : le détenu voyait donc son temps de peine à exécuter diminuer d'autant. La loi du 9 mars 2004 a réorganisé ce « régime des faveurs » accordées, le simplifiant, selon Bernard BOULOC. C'est désormais d'un « *crédit de réduction de peine* »²⁶¹⁰ que le détenu bénéficie. L'octroi de cette ancienne faveur de la réduction de peine se systématisait, mais devient parallèlement un véritable suivi dans la mesure où le prisonnier n'est plus quitte de ces jours gagnés : obtenant par principe une réduction calculée sur sa durée totale d'incarcération prononcée²⁶¹¹, le détenu reste « [...] débiteur d[e ce] temps non effectué en détention [...] comme il l'est quand il sort en libération

²⁶⁰⁶ Cette modalité d'exécution de la peine est choisie par le juge pour l'exécution de l'intégralité de la peine qui doit donc être inférieure ou égale à deux ans ou le reliquat de peine ; dans le cadre de la libération conditionnelle, la durée du placement à titre probatoire demeure, par contre, comme dans l'état du droit antérieur, d'un an seulement. (Article 723-7 CPP). Cet article renvoie directement à l'article 132-26-1 du code pénal, définissant le PSE dans le cadre d'une peine prononcée par une juridiction de jugement, pour les conditions pouvant justifier ou permettre un placement sous surveillance électronique et reprises ainsi ici.

²⁶⁰⁷ Citées notamment par Jean DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., 2006, p. 111

²⁶⁰⁸ Cf. à ce sujet, M. HERZOG-EVANS, « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », op. cit., 2009, p. 487

²⁶⁰⁹ Cf. sur ce point, par exemple, M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI, « Prologue », pp. 31-32 et M. DANTI-JUAN, « Un îlot de modernité ? La prison *intra-muros* », p. 203 dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?* op. cit., 2009, ou Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une rupture générale dans les politiques pénales ? », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 192 (à propos de la technologie du placement sous surveillance électronique davantage que sur la modalité de peine qu'il peut figurer)

²⁶¹⁰ Expression employée dans le Code de procédure pénale.

²⁶¹¹ Le « montant total » de ce crédit de réduction de peine, calculé sur la base de trois mois gagnés la première année, puis deux mois pour les années d'incarcération suivantes et sept jours par mois, lui est indiqué à titre informatif dès son entrée en détention, sachant que tout écart de conduite durant son temps de peine peut amener le juge d'application des peines, saisi par le chef d'établissement ou par le Procureur de la République, à lui retirer de ce crédit jusqu'à trois mois par an et sept jours par mois (Article 721 CPP). A ce crédit de principe peuvent se greffer des « réductions de peine supplémentaires », pouvant être octroyées par le juge d'application des peines en récompense du succès à un examen scolaire, universitaire ou professionnel, ou de la marque d'efforts faits pour indemniser les victimes (article 721-1 CPP)

conditionnelle »²⁶¹². Ainsi, si, durant le temps de liberté suivant sa peine et égal à la durée du crédit de peine octroyé, il ne respecte pas les obligations imposées par le juge d'application des peines ou s'il est condamné à une nouvelle peine privative de liberté, l'idée de principe est qu'il est réincarcéré et doit effectuer le temps de réduction de peine restant²⁶¹³, la faveur étant alors retirée, et ce temps ne pouvant se confondre avec la nouvelle peine prononcée, dans le cas où c'est une infraction encourant la prison qui l'a ramené en détention²⁶¹⁴. Au final, depuis cette loi de 2004, le temps de la peine originellement prononcé devient un repère fixe, le condamné restant placé sous contrôle de la Justice au minimum durant tout ce délai.

Outre les réductions de peine dites « automatiques »²⁶¹⁵, des « réductions supplémentaires de peines » continuent à pouvoir être octroyées en récompense d'un effort particulier, aux « [...] *condamnés qui manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale, notamment en passant avec succès un examen scolaire, universitaire ou professionnel traduisant l'acquisition de connaissances nouvelles, en justifiant de progrès réels dans le cadre d'un enseignement ou d'une formation, en suivant une thérapie destinée à limiter les risques de récidive ou en s'efforçant d'indemniser leurs victimes* »²⁶¹⁶. Ces réductions de peine supplémentaires sont assujetties au même régime que le crédit de réduction de peine : elles n'offrent pas « gratuitement » un temps de peine en moins, mais viennent gonfler ce temps où le détenu reste sous contrôle. Cependant, en vue d'inciter le condamné aux soins, a été prévue, dès la création du suivi socio-judiciaire, une sanction particulière pour les condamnés pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru et qui refusent de suivre, durant leur détention, le traitement proposé suite à avis médical : « *Sauf décision contraire du juge de l'application des peines, aucune réduction supplémentaire de la peine ne peut [leur] être accordée [...]* »²⁶¹⁷.

Toutes ces mesures de réductions de peine sont influencées dans le sens de la restriction, par l'état de récidive légale de l'intéressé²⁶¹⁸.

La loi du 25 février 2008 insiste, pour sa part, sur l'incitation du condamné à suivre un traitement médical durant sa détention par le jeu des réductions de peine : les personnes condamnées pour les crimes ou délits, de meurtre ou assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle, dès lors qu'ils ont été commis sur un mineur, et refusant de suivre « [...] *le traitement qui lui est proposé par le juge de l'application des peines, sur avis médical [...]* »²⁶¹⁹, s'exposent au retrait de tout ou partie de leur crédit de peine, aucune limite n'étant posée au juge d'application des peines concernant le « montant » de ce retrait. Par ailleurs, cette même loi impose un régime de réductions supplémentaires de peine plus sévère pour ces mêmes condamnés rejetant la proposition de traitement, mais cette fois les termes exacts du calcul, donc de la sanction consécutive au refus de traitement, étant imposés par le deuxième alinéa de l'article 721-1 CPP²⁶²⁰. Additionnée à la disposition relative aux réductions de peine supplémentaires focalisée sur la notion de peine encourant un suivi socio-judiciaire, cette nouvelle disposition enserme la situation du condamné rejetant le soin dans un double système de restriction, le second palliant les éventuels « excès » qu'autoriserait le juge d'application des peines dans le cadre du premier, en utilisant son pouvoir d'appréciation. Mais pour que ces sanctions soient applicables,

²⁶¹² P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, 2007, p. 888

²⁶¹³ L'article 721 CPP précise, aménageant le principe rigoriste de base, que « [...] la juridiction de jugement peut ordonner le retrait de tout ou partie de cette réduction de peine et la mise à exécution de l'emprisonnement correspondant [...] » (al. 5).

²⁶¹⁴ Alinéa 5 de l'article 721 CPP

²⁶¹⁵ Ph. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC*, 2008, « Chronique législative », p. 396

²⁶¹⁶ Alinéa 1er de l'article 721-1 CPP

²⁶¹⁷ Alinéa 1er de l'article 721-1 CPP

²⁶¹⁸ Alinéa 2 de l'article 721-1 CPP

²⁶¹⁹ Alinéa 3 de l'article 721 CPP

²⁶²⁰ « [...] Lorsque la personne a été condamnée pour les crimes ou délits, commis sur un mineur, de meurtre ou assassinat, torture ou actes de barbarie, viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle, la réduction ne peut excéder deux mois par an ou quatre jours par mois ou, si elle est en état de récidive légale, un mois par an ou deux jours par mois, dès lors qu'elle refuse les soins qui lui ont été proposés. [...] » (Alinéa 2 de l'article 721-1 CPP)

encore faut-il qu'un traitement soit effectivement proposé au condamné.

◇ **b) *Le suivi dans les limites de la peine complémentaire : le suivi socio-judiciaire***²⁶²¹

Le « *brouillage des frontières* »²⁶²² entre enfermement physique et psychologique (certains seraient tentés de dire réel ou virtuel, oubliant la réalité prégnante du maintien sous contrôle pour la *psyché* humaine), entre peine et mesure de sûreté post-sentencielle trouve son paroxysme dans une mesure comme le suivi socio-judiciaire : il garde en effet la qualification de peine, - généralement complémentaire, prenant alors effet au terme de celle principale²⁶²³ - mais, comme le constate Jean DANET, « [...] *quand on regarde son contenu, on serait tenté d'y voir une aide, tout au plus un contrôle social* [...] »²⁶²⁴.

Cette mesure, instaurée par la loi du 17 juin 1998, faisait partie d'un ensemble de mesures visant à lutter contre la pédophilie et les agressions sexuelles, et créant quasiment un régime spécial pour ce type d'infraction²⁶²⁵. La loi du 12 décembre 2005 l'a étendu à tout un nouveau panel d'infractions telles que les meurtres, enlèvements, actes de torture et de barbarie etc., marquant ainsi un saut qualificatif : de « *peine complémentaire spécifique à la délinquance sexuelle* », elle devient « *peine complémentaire générale* »²⁶²⁶, un mouvement conforté par la loi du 5 mars 2007 qui ouvre encore davantage la palette d'infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire peut être encouru. Il s'agit en réalité de laisser le condamné vivre en milieu libre, mais de lui imposer des obligations posées à l'origine pour le sursis avec mise à l'épreuve²⁶²⁷ - telles que des interdictions de paraître en certains lieux ou de fréquenter certaines personnes, notamment des mineurs, ou encore d'exercer certaines activités professionnelles ou bénévoles « [...] *impliquant un contact habituel avec des mineurs* »²⁶²⁸ -, ainsi qu'un suivi basé sur des mesures de surveillance et de contrôle en vue de s'assurer du respect de ces obligations et de l'absence de récidive posées à l'article 132-44 du Code pénal. Le non-respect des obligations constitue une véritable infraction punie d'une peine d'emprisonnement²⁶²⁹. Mais l'originalité du suivi socio-judiciaire s'inscrit dans l'instauration d'une possibilité d'injonction de soins au titre d'obligation à respecter dans le cadre de cette mesure. Plusieurs garanties encadrent cette mesure d'injonction, afin de s'assurer de l'efficacité de ladite obligation au regard du condamné pris individuellement ainsi que de protéger le secret médical. L'injonction de soin ne peut donc être prononcée qu'après une expertise médicale établissant l'aptitude de l'intéressé à être soumis à ce traitement et, originairement dans le texte de 1998, une fois son consentement obtenu. Un nouveau personnage, le médecin coordonnateur, doit en outre jouer le rôle d'interface entre le monde de la thérapeutique et du soin et celui judiciaire et de contrôle de la bonne exécution de la peine.

²⁶²¹ Nous évinçons sciemment de cette étude les peines complémentaires autres que le suivi socio-judiciaire, ces dernières restant un suivi *a contrario*, pour la plupart : étant basées sur des interdictions, telles que les interdictions du territoire français, de séjour, professionnelles etc, elles se préoccupent uniquement de vérifier que la personne ne contrevient pas à cette interdiction, sans que ces dernières soient emprises dans un suivi plus élaboré tel qu'il apparaît dans les autres mesures étudiées ici.

²⁶²² Expression utilisée, pour un autre sujet, par Claude-Olivier DORON (cf. Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une rupture générale dans les politiques pénales ? », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 186)

²⁶²³ Le suivi socio-judiciaire peut en effet également être prononcé au titre de peine principale en matière correctionnelle (article 131-36-7 NCP).

²⁶²⁴ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., 2006, p. 107

²⁶²⁵ Cf. Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une rupture générale dans les politiques pénales ? », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 186

²⁶²⁶ P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », op. cit., 2007, p. 890

²⁶²⁷ Comme l'article 132-44 CP sert de référence pour les mesures de contrôle imposées dans les cas de remises en liberté sous condition, l'article 132-45 CP posant ces obligations dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve a toujours servi de vivier pour les obligations attachées aux autres mesures de suivi. Les juges vont ainsi « piocher » parmi cette quinzaine d'obligations ou interdictions possibles celles adéquates par rapport à la situation de l'intéressé.

²⁶²⁸ Ancien article 131-36-2 CP (en vigueur jusqu'au 12 mars 2010) mais ces obligations se retrouvent désormais dans l'article 132-45 CPP, modifié par la loi du 10 mars 2010, auquel il est fait un renvoi « sec », depuis cette même loi, par cet article 131-36-2 CP, sans plus d'adjonction d'obligations en sus de celles de l'article 132-45 CP.

²⁶²⁹ C'est également la décision initiale prescrivant le suivi socio-judiciaire, émanant donc de la juridiction de jugement, qui détermine la durée maximum d'emprisonnement que peut emporter une inobservation des obligations.

Avec cette mesure, il s'agit de nouveau d'instaurer au-delà du temps de peine de prison ferme, « [...] *un traçage à long terme des individus* », les durées prononcées pouvant atteindre trente ans après la fin de la peine en matière criminelle, vingt ans en matière correctionnelle depuis la loi du 9 mars 2004²⁶³⁰. Claude-Olivier DORON parle pour cette mesure d'un véritable « *dispositif de sécurité* »²⁶³¹ empiétant sur les libertés de l'individu bien des années après l'exécution de sa peine ferme, et de « [...] *caractère quasi illimité de la peine prononcée* [...] »²⁶³² : derrière la peine de prison, il faut enchaîner ce second *corpus* d'obligations, qu'il qualifie de « *contraintes de sécurité* »²⁶³³ parfois lourdes à supporter. Certes, relève-t-il, « [...] *les SSJ de trente ans semblent très rares, [mais] des SSJ de quinze ans après la sortie de prison ont été prononcés.* »²⁶³⁴. De toute évidence, c'est la logique de prévention du risque, mâtinée de la vision du récidiviste en puissance derrière tout condamné qui inspire en grande partie cette mesure.

Sans doute faut-il relativiser cette première réflexion, en la ramenant à sa dimension de peine non-automatique : au juge de considérer si un délinquant nécessite un tel suivi. Tout au moins, au juge de la juridiction de jugement et non au juge d'application des peines. C'est donc avant même d'avoir pu évaluer le comportement de l'individu puni, sa manière de s'acquitter de sa peine et de considérer son crime, que le suivi socio-judiciaire doit être prononcé. Mais dans ce schéma, comment sont pris en considération l'amendement et l'évolution du comportement comme de la personnalité de l'individu ? Le juge d'application des peines peut modifier les obligations imposées par la juridiction de jugement, il peut notamment prescrire lui-même une injonction de soin, mais il ne peut relever le condamné de la mesure de suivi socio-judiciaire²⁶³⁵. En cela, on est bien face à une peine : le juge d'application des peines peut l'aménager, mais pas en dispenser le condamné. Sans doute est-ce dans cette absence de réévaluation radicale laissée au juge d'application des peines que la logique sécuritaire et préventive présente dans le suivi socio-judiciaire dérape. Il est vrai qu'une demande de relèvement peut être formulée auprès de la juridiction ayant prononcé la condamnation – sachant que l'on traite bien là du suivi socio-judiciaire prononcé comme peine complémentaire, le relèvement n'étant pas possible en cas de suivi socio-judiciaire prononcé au titre de peine principale. Cependant, c'est bien le sens donné à la mesure qui est en jeu ici : peine prononcée lors du jugement, elle préjuge de l'avenir. Il semble y avoir comme un décalage entre l'idée louable du suivi socio-judiciaire comme accompagnement sanitaire et social du délinquant dans une vision de prévention de la récidive bien comprise, et son application comme peine déterminée à l'orée de la peine de prison et du parcours de réhabilitation que pourra connaître le condamné en cause. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'analyse de Pierre COUV RAT sur cette « *peine pas comme les autres* »²⁶³⁶, « *une peine en plus* [...] [et] *pour plus tard* »²⁶³⁷, dit-il, « *une peine différée ou de succession* »²⁶³⁸, « [...] *beaucoup plus guidée par l'idée de sécurité des tiers que*

²⁶³⁰ La loi originale de juin 1998 limitait ces durées à dix ans maximum en matière correctionnelle pour les délits et vingt ans maximum en matière criminelle.

²⁶³¹ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité : vers une rupture générale dans les politiques pénales ? », dans P. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault, op. cit.*, 2009, p. 187

²⁶³² *Idem* p. 188

²⁶³³ *Idem* p. 188

²⁶³⁴ *Idem* p. 188

²⁶³⁵ Par contre, pour les suivi socio-judiciaire accompagnés d'une injonction de soins, la loi du 10 mars 2010 crée une possibilité de relèvement anticipé simplifié en sus de la procédure traditionnelle, entièrement confiée au juge d'application des peines, mais ouverte uniquement si « *le reclassement du condamné est acquis* » et si il apparaît clairement qu'« [...] *un traitement n'est plus nécessaire* [...] ». Cette procédure évite en effet, par rapport au relèvement classique du suivi socio-judiciaire, de repasser par la juridiction de jugement qui a prononcé la dernière condamnation, et d'en suivre la procédure complexe avec engagement d'une expertise médicale, débat contradictoire etc. Le juge d'application des peines, pour la procédure simplifiée, statue après simples avis du procureur de la République et du médecin coordonnateur et audition du condamné, mais sans débat contradictoire sauf demande contraire du procureur de la République. Et on peut noter que cette procédure n'exige apparemment aucun délai minimal pour en formuler la demande, par rapport à la procédure traditionnelle, par exemple, qui exige un minimum d'un an après le début de la mesure (nouvel alinéa 7 de l'article 763-6 CPP)

²⁶³⁶ P. COUV RAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376

²⁶³⁷ *Idem* p. 377

²⁶³⁸ *Idem* p. 381

par celle de réinsertion sociale. »²⁶³⁹. Mesure prononcée et paramétrée par le juge d'application des peines, au terme de la peine de prison, elle ôterait cet aspect sécuritaire et de suspicion à l'égard de tout condamné pour conserver celle d'éventuel accompagnement social ou sanitaire dans le cadre d'une mesure de sûreté, en fonction de l'évolution du comportement de l'intéressé. Mais ce n'est pas la solution retenue à la création de la loi et ce n'est pas plus le droit en vigueur à l'heure actuelle.

Cependant, c'est bien la nouvelle obligation de l'injonction de soin qui intrigue et inspire le plus la doctrine, les professionnels et les personnalités politiques, l'intérêt de ces derniers se traduisant notamment dans les évolutions législatives connues depuis 1998. Pour des auteurs comme Virginie GAUTRON, il faut marquer une différence entre d'une part, la forme et les ambitions originelles de l'injonction de soin, tournée vers un type de délinquants bien particulier, et, d'autre part, les dérives qui ont hypertrophié l'utilisation de cette mesure, la transformant en une pure mesure de contrôle social et sécuritaire là où elle jouait d'abord la carte de la peine prise comme traitement, « [...] d'une hybridation et d'une coproduction des régulations en matière de lutte contre la délinquance [...] », prenant acte de « [...] l'interpénétration croissante du social, du sanitaire et du pénal [...] »²⁶⁴⁰. La mesure marquait en effet une cohérence avec le profil délinquant visé dans les obligations qu'elle posait, dans la fourchette des durées pouvant être prononcées et dans ses modalités d'application. On était sur une hybridation vertueuse de la peine et du soin, tous les intervenants professionnels et politiques concernés ayant relevé les « [...] insuffisances du milieu carcéral pour prévenir la récidive [...] »²⁶⁴¹, et l'utilité, pour certains profils, d'un traitement médical adapté, mais aussi la nécessité, pour toute une sous-catégorie de ce profil, d'être mis face à une obligation pour entreprendre le soin qui se révélera salutaire²⁶⁴². Avec la loi du 10 août 2007, l'injonction de soin est devenue *quasi* automatique en étant instaurée en principe pour le prononcé de tout suivi socio-judiciaire, alors que déjà la potentialité de son utilisation avait été fortement étendue dès la loi du 12 décembre 2005 avec l'ouverture du suivi socio-judiciaire à nombre de nouvelles infractions. Cet emballement continu pour l'intégration du soin dans la peine – la loi du 10 août 2007 vise en effet non seulement les suivis socio-judiciaires prononcés, mais également les suivis socio-judiciaires encourus, entraînant l'application de l'injonction de soins à nombre d'individus non-concernés par le suivi socio-judiciaire et l'insufflant dans toutes les mesures de suivi post-carcéral – amène Martine HERZOG-EVANS à parler de « religion du soin »²⁶⁴³. On peut en effet y lire une forme de perversion du soin, qui semble perdre sa dimension sanitaire pour rejoindre les bancs, sinon d'une forme de scientisme, en tout cas d'une médicalisation exacerbée. Avec cette nouvelle course au traitement médical et/ou psychologique, on semble chercher à se rassurer en considérant que la délinquance est forcément d'origine pathologique, qu'elle a donc une explication scientifique et peut être soignée.

Plusieurs lectures sont faites de ce retour d'une prégnance forte du soin dans la lutte contre la

²⁶³⁹ P. COUV RAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *op. cit.*, 1999, p. 377

²⁶⁴⁰ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJP* 2009, p. 54

²⁶⁴¹ *Idem* p. 54

²⁶⁴² Les témoignages et analyses de professionnels, notamment de la psyché, ne manquent pas, à propos de l'ambiguïté et des facteurs, voire du sens caché, de la demande ou du refus de soins. Le psychiatre Evry ARCHER, chef du SMPR de Loos-Sequedin, estime ainsi que « [...] la non- demande ou le refus de suivi peuvent avoir des causes diverses [...] », décelables par un entretien avec un thérapeute et que « [...] la demande de soin spontanée est rare, attendre d'emblée la demande est une hérésie. ». Il ne nie donc aucunement l'importance de la motivation du sujet pour la bonne efficacité du soin, de manière générale, mais rappelle que les incitations peuvent être nécessaires dans un premier temps. C'est d'ailleurs ce que corrobore Madame MOUNIER, psychologue au SMPR de Nantes, qui relève que « [...] l'obligation de soins peut constituer un cadre sécurisant, dans la mesure où le sujet ne se trouve pas contraint de se prononcer sur une demande personnelle de soin [...] ». (Propos rapporté par J.-O. VIOUT, « Moyens et ambiguïtés de suivi socio-judiciaire », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, *op. cit.*, 2009, pp. 174-175. Martine HERZOG-EVANS partage ce constat : « Amorcer une thérapie est parfois l'étape la plus difficile, qu'il peut être intéressant de faire franchir de manière ferme. » (M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive », *AJP.*, 2007, p. 363). Les propos de Jean-Louis SENON et Cyril MANZANERA sur ce sujet sont pour leur part moins positifs, mais ils se positionnent surtout au niveau de la mise en application de cette injonction dans un contexte de pénurie de consultations médicales spécialisées. Ils rappellent le phénomène de la « course au certificat » motivant seule la prise de rendez-vous avec un thérapeute, sans réelle volonté d'entreprendre un soin. (J.-L. SENON et C. MANZANERA, « L'obligation de soin dans la loi renforçant la lutte contre la récidive », *AJP*, 2007, n°9/2007, p. 369)

²⁶⁴³ M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive », *op. cit.*, 2007, p. 357

récidive. Les uns y voient une « mesure-paravent », permettant à la fois de se dédouaner d'une répression accrue par une implication plus grande d'une mesure aux connotations, à première vue, sociales : enjoindre des soins au condamné, c'est l'aider à prendre en charge son trouble, sa maladie, d'un certain sens, sa fatalité. Virginie GAUTRON pointe le « [...] *faux-semblant* [qui] *consiste à laisser croire que l'action thérapeutique et les mesure de sûreté pourraient à elles seules éradiquer la récidive.* [...] »²⁶⁴⁴. Soulignant que « [s]i les techniques thérapeutiques se sont diversifiées, les chercheurs et praticiens ne parviennent pas encore à établir si les traitements réussissent à réduire la récidive. [...] »²⁶⁴⁵ et relevant qu'aucune étude permettant d'évaluer l'efficacité de l'injonction de soin n'a été engagée avant d'avancer plus loin dans la généralisation de cette mesure coercitive, elle parle d'« *une instrumentalisation politique de l'approche thérapeutique* »²⁶⁴⁶.

Pour justifier cette critique virulente, elle relève le privilège donné, au gré des réformes pénales adoptées depuis 1998, à l'expertise sur le soin, l'idée étant d'abord de dépister et de diagnostiquer, donc, de contrôler. Le soin n'émerge que dans un deuxième temps. « *L'action thérapeutique apparaît alors comme un prétexte légitimant un surcroît de surveillance et de répression* »²⁶⁴⁷. Et il est vrai que dans l'injonction de soin, le suivi, avec compte-rendu régulier au juge d'application des peines, ne peut être occulté ; or c'est à l'aune de la généralisation progressive de l'injonction de soin qu'il faut lire cette expertise régulière, et du nombre toujours plus important de personnes concernées par une telle mesure. Cela alors qu'en outre, depuis la loi du 10 août 2007, le consentement de l'intéressé n'est plus forcément nécessaire pour prononcer l'injonction de soin, notamment dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire²⁶⁴⁸, et alors qu'enfin, dans une société à la logique de prévention des risques et de responsabilisation, le risque est grand d'aboutir à « [...] *une ouverture généralisée de parapluies* »²⁶⁴⁹. Il faut entendre derrière cette expression une attitude auto-protectrice de chacun des intervenants dans le processus de condamnation puis de suivi d'une injonction de soin, les amenant en premier lieu à prononcer cette injonction pour des profils ne justifiant pas une telle mesure puis à ne pas oser y mettre un terme avant la fin fixée par la juridiction de jugement. Virginie GAUTRON relève également, second indice, à ses yeux, de l'instrumentalisation de l'injonction de soin et de « [...] *la stratégie plus insidieuse de contrôle* [...] » que masque l'optique de soin²⁶⁵⁰, les conditions actuelles de travail et d'insuffisance de professionnels pour assurer ce suivi : les médecins coordonnateurs, mais aussi les psychiatres pouvant effectuer les expertises et les soignants manquent cruellement. Or c'est dans ces conditions de carence poussée que le législateur a ouvert le champ des injonctions de soins, amenant davantage de public potentiel là où on n'arrive pas à suivre celui qui y est déjà présent. Madame GAUTRON note que cette « [...] *généralisation risque d'aboutir à une véritable asphyxie du système* [...] »²⁶⁵¹ et en conclut que le législateur n'a utilisé l'injonction de soin que comme une politique d'affichage, au même titre que toute « [...] *évocation politique du soin* [...] »²⁶⁵² dans ce domaine. Le contraire l'aurait amené à commencer par se préoccuper de l'amélioration des soins en prison, donc en amont, et du huilage du système existant avant de s'intéresser à l'étendre. Dans le même sens, Pierrette PONCELA estime que « [q]uelque-chose est en train d'advenir dans cette conception du soin au service de la lutte contre la récidive. Il s'agit moins de « soigner » dans le sens de rendre à la santé, que de veiller sur une personne pour qu'elle ne commette pas certains actes », appuyant cette réflexion notamment sur l'extension du champ d'application de l'injonction de soin²⁶⁵³. Quant à Claude-Olivier DORON estime que le renversement de présomption effectuée

²⁶⁴⁴ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », *op. cit.*, 2009, p. 56

²⁶⁴⁵ *Idem* p. 56

²⁶⁴⁶ *Idem* p. 56

²⁶⁴⁷ *Idem* p. 56

²⁶⁴⁸ En effet, ainsi que l'indique Martine HERZOG-EVANS, la loi du 10 août 2007 « [...] a supprimé la règle du consentement du condamné lui-même [...] ». Jusque-là, le législateur avait systématiquement pris position pour l'incitation, parfois très forte, au soin ; jamais il n'avait franchi le pas du soin totalement contraint. » (M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive », *op. cit.*, 2007, p. 361)

²⁶⁴⁹ V. GAUTRON, « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », *op. cit.*, 2009, p. 57

²⁶⁵⁰ *Idem* p. 56

²⁶⁵¹ *Idem* p. 56

²⁶⁵² *Idem* p. 56

²⁶⁵³ P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *op. cit.*, 2007, p. 893

par la loi d'août 2007, faisant passer les personnes concernées par le suivi socio-judiciaire d'une « *présomption de « normalité »* » à une « *présomption de « pathologie »* », « [...] à lui seul, permet de suspecter que l'injonction de soin, que le soin lui-même, n'a ici pas pour vocation la guérison d'une pathologie, mais bien l'encadrement sécurisant d'une potentialité de violence. »²⁶⁵⁴.

Monsieur DORON, a, hormis cette remarque, une analyse un peu différente de la nouvelle prégénance du soin dans le suivi socio-judiciaire. Franchissant hardiment le pas entre suivi socio-judiciaire et lutte contre la dangerosité, il rassemble les deux pour établir son raisonnement²⁶⁵⁵. Tout se joue, selon lui, sur une question de temporalité : au temps, fini, de la peine, répond celui, indéfini, du soin : « [...] *on ne peut jamais savoir si une personne est guérie. Elle peut -toujours- rechuter ; son processus de guérison n'est jamais clos.* »²⁶⁵⁶. Considérer le soin dans la peine tel que cela existe dans le suivi socio-judiciaire, c'est ouvrir la peine sur cette temporalité indéfinie et permettre de « [...] *gouverner la menace indéfinie que représente le sujet dangereux en l'encadrant dans une technique indéfinie.* »²⁶⁵⁷. Cela marche d'autant mieux que la dimension pénale est là, contrairement à la sphère du soin purement psychiatrique ; elle pose des contraintes, injonction de soin et mesures de contrôles attenantes, mais les pose en se calant sur cette nouvelle temporalité qui lui est offerte. La dimension du soin légitime qu'elle travaille sur cette nouvelle temporalité et le long terme. Sans compter le vêtement scientifique dans lequel le soin enveloppe la mesure de suivi socio-judiciaire, « [...] *le soin recod[ant] un certain nombre d'oppositions en signes cliniques de quelque chose comme une dangerosité : il permet de les déraciner plus ou moins de leur valeur morale et/ou politique et de les recoder comme témoignages objectifs d'une potentialité dangereuse.* »²⁶⁵⁸.

Pris sous l'angle de la nature des dispositifs, la première catégorie, constituée des peines, s'installe dans la logique de prévention de la récidive, jouant à la fois sur les restrictions de liberté et sur la liberté sous contrôle pour permettre l'exécution de la peine en milieu ouvert, étendant éventuellement le temps de peine, mais restant dans une logique duale, une scission du temps entre celui de la peine et le retour à la liberté complète. La seconde catégorie, les mesures de sûreté installe un rythme à trois temps, le temps préventif, celui de la lutte contre le risque virtuel, venant s'immiscer entre les deux autres, après la peine.

◇ C) *Le suivi post-sentenciel et les mesures de sûreté*

Il s'agit du glissement sinon le plus significatif du moins le plus visible qui s'est opéré, avec ces mesures de sûreté visant la période post-sentencielle. Désormais, en contradiction avec la logique pénale antérieure, « [...] *celui qui a purgé sa peine de prison n'est plus quitte avec la justice. « Purger sa peine de prison » n'est plus payer sa dette.* »²⁶⁵⁹. Au-delà de la surveillance policière post-carcérale traditionnelle²⁶⁶⁰, c'est en effet à la justice qu'il va revenir d'effectuer ce suivi post-sentenciel, en tout cas de l'orchestrer. Cette nouvelle source de préoccupations judiciaires rejoint son champ traditionnel de responsabilité, plus précisément la décision et le contrôle des aménagements de peines en milieu ouvert. Mais, contrairement aux peines, qui

²⁶⁵⁴ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 192

²⁶⁵⁵ Ainsi, explique-t-il « [...] il conviendrait de se poser sérieusement la question du sens de ce soin et pourquoi la prise en charge de la dangerosité prend la forme privilégiée du soin. ». (Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 189. Le mot « sens » est souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.)

²⁶⁵⁶ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 189

²⁶⁵⁷ *Idem* p. 189

²⁶⁵⁸ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, pp. 189-190

²⁶⁵⁹ J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., 2006, p. 108

²⁶⁶⁰ On notera tout de même le renforcement de suivi de sûreté particulièrement représentatif de l'ère sécuritaire actuelle que crée la loi du 10 mars 2010 en imposant que désormais, toute personne condamnée à une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans soit signalée dès la fin de son incarcération par l'administration pénitentiaire aux services de police et de gendarmerie du lieu de résidence, identité et adresse des intéressés devant être communiquées (nouvel article 719-1 CPP)

s'appuient sur le passé pour répondre à une infraction, les mesures de sûreté se tournent vers l'avenir, visant à prévenir un risque, une potentialité de danger non encore advenue. Dans la majorité, ces mesures sont prononcées et gérées par une juridiction d'application des peines et non une juridiction répressive, ce qui doit, là encore, bien marquer la différence entre mesure de sûreté et peine et sert de critère de distinction notamment au Conseil d'Etat²⁶⁶¹. Cette observation fait ressortir, par extension de la réflexion, le décalage entre utilisation, objectif de certaines de ces mesures et leur qualification juridique, ou en tout cas, le cumul des deux fonctions dans nombre de mesures. Ce qui est vrai pour le suivi socio-judiciaire²⁶⁶² est discuté pour le PSEM (3) dans l'autre sens²⁶⁶³. Reste le cas des fichages, davantage des mesures administratives automatiques ; cette fois, on se trouve face à une norme purement utilitaire. Pourtant, on peut, intellectuellement, les associer à la sécurité publique et à l'objectif de prévention de la récidive et ainsi, les rapprocher des mesures de sûreté (1). Surveillance judiciaire (2), surveillance de sûreté (4) et assignation à domicile (5) apparaissent, en regard, moins ambiguës dans leur nature affichée et déclarée.

■ 1. Le fichage²⁶⁶⁴

Concernant les détenus, les fichiers sont à la fois plus connus et plus nombreux que ceux concernant les personnes hospitalisées sous contrainte. Eu égard au présent cadre d'étude, celui de la situation des condamnés, doivent être évoqués en premier lieu les fichiers dont l'inscription constitue en elle-même une mesure *post*-pénale. Se différenciant, du moins dans les raisons théoriques de leur création, des fichiers d'enregistrement de données en vue de constituer des banques d'informations propres à aider l'élucidation d'enquêtes policières²⁶⁶⁵, cette mémorisation des condamnations, même une fois la peine effectuée, s'appuie sur trois axes de motivation : à la nécessité de gestion de la peine et de ses conséquences sur le statut civil et pénal de l'individu, il faut ajouter leur dimension dissuasive et de prévention de la récidive d'une part, « [...] *un prolongement de la peine physiquement exécutée* »²⁶⁶⁶ d'autre part.

Outre le casier judiciaire, dont la toute première version apparaît dès 1808 mais qui prend sa forme actuelle de « casier judiciaire national automatisé » suite à une loi du 4 janvier 1980²⁶⁶⁷, le Fichier Judiciaire national automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles et violentes (FIJAIS)²⁶⁶⁸ est créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 avec pour finalité la prévention du « [...] *renouvellement des infractions sexuelles commises sur des mineurs et [la] facilit[ation de] l'identification de leurs auteurs, majeurs ou mineurs.* »²⁶⁶⁹. Il a été étendu par des lois du 12

²⁶⁶¹ CE, 12/12/ 2007, « *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293993, [en ligne] Légifrance ; RFDA 2008, pp. 1009-1010

²⁶⁶² Qualifié, on le rappelle, de peine complémentaire.

²⁶⁶³ Le PSEM est d'ailleurs qualifié de mesure de sûreté dans tous les cas où il est utilisé, y compris, par l'article 131-36-9 CP pour son utilisation dans le cadre du suivi socio-judiciaire. Si dans tous les cas, une juridiction d'application des peines est compétente pour le gérer (définir les modalités d'exécution) et peut toujours le prononcer de sa propre initiative, il peut néanmoins, dans le seul cas du suivi socio-judiciaire, être prononcé, *ab initio*, par la juridiction de jugement (art. 131-36-11 CP). Cette compétence marque ainsi un léger brouillage par rapport à la règle de compétence pouvant aider à la clarification de la nature des mesures ci-avant proposée.

²⁶⁶⁴ Pour une vue d'ensemble des fichiers pouvant garder trace des condamnés, cf. également nos développements sur le fichage dans le cadre de l'étude de la protection de la vie privée, *infra* pp. 626 et s..

²⁶⁶⁵ Ou du nouveau « *répertoire central des expertises* » (appellation explicite donnée par Martine HERZOG-EVANS, dans « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1433), officiellement qualifié de « répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires », créé par l'article 9 de la loi du 10 mars 2010, et qui joue sur une logique un peu semblable dans la mesure où il ne s'agit pas d'une mesure post-pénale, mais un instrument de travail pour les magistrats, les personnes chargées d'une évaluation de la dangerosité d'un individu, les membres de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté puisque ce répertoire doit recenser toutes les expertises effectuées au cours du parcours pénal des individus condamnés pour une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire. Il s'agit d'un fichier judiciaire tenu par le service du casier judiciaire national dans lequel les données peuvent être conservées jusqu'à trente ans. (Nouvel article 706-56-2 CPP)

²⁶⁶⁶ P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *AJP*, 2007, pp. 61 et s.

²⁶⁶⁷ Loi n° 80-2 du 4 janvier 1980

²⁶⁶⁸ Articles 706-53-1 à 706-53-12 CPP

²⁶⁶⁹ V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJP*, 2007, pp. 57 et s.

décembre 2005²⁶⁷⁰ et du 4 avril 2006²⁶⁷¹ à d'autres infractions telles que proxénétisme, terrorisme, exploitation de la mendicité mais aussi vol, escroquerie etc. Selon la gravité des faits en cause, l'inscription au fichier est obligatoire ou laissée à la discrétion des juridictions de jugement. Pierre-Yves MAROT relève une nette différence de nature entre le fichier de justice que constitue le casier judiciaire, simple « [...] outil [...] pour les autorités judiciaires, parfois pour les administrations publiques ou l'employeur [...] » et le FIJAIS, qu'il lit clairement comme une sanction et surtout un fichier « [...] aux finalités hybrides [...] », « [...] mêlant intimement finalités de police et de justice puisque ce fichier peut être consulté par un officier de police judiciaire. »²⁶⁷². Ce fichier est classé dans les dispositifs de sécurité les plus récemment adoptés par l'Etat français par Claude-Olivier DORON²⁶⁷³ et l'inscription en son sein a été qualifiée de mesure de sûreté par la chambre criminelle de la cour de cassation dans un arrêt du 12 mars 2008 . La cour européenne des droits de l'homme a confirmé « [...] le but préventif et dissuasif [...] » de la mesure qui « [...] ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction [...] »²⁶⁷⁴. La qualification de peine est rejetée²⁶⁷⁵. Etre contraint à y figurer entraîne en effet, au-delà de l'inscription de données personnelles dans ce fichier stigmatisant, un certain nombre d'obligations à respecter pour l'ancien condamné fiché, telles que le signalement de tout changement de domicile ou la justification sur une périodicité régulière de son adresse, autant de contraintes propres aux finalités policières de ce fichier plus que répressives. En outre, les durées de conservations des données, de vingt ou trente ans selon les cas, sont particulièrement longues, même s'il est vrai, en comparaison, que l'apurement de droit du casier judiciaire, mesure gratuite et automatique selon les termes de Martine HERZOG-EVANS²⁶⁷⁶, s'effectue, lui, au bout de quarante ans calculés à partir de la date de condamnation²⁶⁷⁷. Mais ce casier est l'objet, en parallèle, d'un droit à l'oubli qui permet un effacement plus rapide de bien des informations^{2678 2679}.

L'existence de ce casier judiciaire²⁶⁸⁰, composé de trois bulletins, les deux derniers étant des extraits d'informations tirées du premier²⁶⁸¹, -réserve, pour sa part, exclusivement à la consultation par les autorités judiciaires²⁶⁸², et utilisés pour l'information d'autorités et personnes en-dehors des autorités spécifiquement judiciaires²⁶⁸³, est néanmoins loin d'être anodine, véritable « *mémoire de la*

²⁶⁷⁰ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005

²⁶⁷¹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006

²⁶⁷² P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *op. cit.*, 2007, pp. 61 et s.

²⁶⁷³ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, *op. cit.*, 2009, p. 191

²⁶⁷⁴ Cour EDH, 17/12/2009, « GARDEL c/ France », req. n°16428/05, § 43 (deux autres arrêts sur le même sujet et dans le même sens rendus le même jour : Cour EDH, « BOUCHACOURT c/ France » (req. n°5335/06) et « M. B. c/ France » (req. n°22115/06))

²⁶⁷⁵ Cour EDH, 17/12/2009, « GARDEL c/ France », req. n°16428/05, § 46

²⁶⁷⁶ M. HERZOG-EVANS, « Les techniques d'effacement ou d'extinction de la peine dans le post-sentenciel », dans J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS et Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin et Université de Nantes, mars 2006 p. 325

²⁶⁷⁷ Exception faite des crimes imprescriptibles et du cas où une nouvelle condamnation à une peine correctionnelle ou criminelle est intervenue entre temps.

²⁶⁷⁸ Cf. sur ce sujet, M. HERZOG-EVANS, « Le sens de l'effacement de la peine », *AJP*, 2007, pp. 412 et s.

²⁶⁷⁹ Les articles 706-54 à 706-56 CPP, dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 mars 2010, ont été déclarés conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décision n°2010-25 QCP du 16/9/2010, « Monsieur Jean-Victor C. ») sous réserve, d'une part, que le décret pris en Conseil d'Etat et devant fixer la durée de conservation des données personnelles concernées « [...] proportionne[...] la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs [...] » (cons. 18) et d'autre part, que l'expression « crime ou délit » employée au troisième alinéa de l'article 706-54 soit interprétée comme renvoyant strictement à la liste des infractions établie par l'article 706-55 CPP (cons. 19)

²⁶⁸⁰ Articles 768 à 781 CPP

²⁶⁸¹ Cf. pour le contenu du B2 des personnes physiques, la liste effectuée de manière négative, en listant toutes les informations qui ne doivent pas y figurer, article 775 CPP

²⁶⁸² Alinéa 2 de l'article 774 CPP

²⁶⁸³ Article 776 CPP

justice pénale »²⁶⁸⁴ qu'il est et dont le bulletin n°2 notamment, est devenu un véritable « *instrument de mesure de la moralité* » de l'individu²⁶⁸⁵, demandé dans nombre d'actes importants de la vie sociale, depuis une demande d'adoption ou une candidature à un emploi jusqu'à une demande de prêt à la construction. En conséquence, les règles régissant toute inscription d'une infraction sur un des bulletins de ce casier, mais aussi les délais et les causes de l'effacement de ces bulletins s'avèrent constitutives d'une véritable politique autour de la punition, du pardon et du soutien de la réinsertion du condamné dans la société civile. Une politique de plus en plus sévère et intransigeante au fil des réformes, préférant entretenir la mémoire judiciaire au nom de la sécurité, mais aussi vraisemblablement de l'expiation sur longue durée. Ainsi, alors que même la composition pénale, d'abord dispensée d'inscription au nom « la seconde chance » laissée au condamné, en vient à être inscrite au bulletin n° 1 par la loi du 9 mars 2002, les mesures de sûreté telles que le suivi socio-judiciaire font l'objet d'une mention au B2, aucun effacement anticipé de cette mesure ne pouvant être obtenue, et surtout, les mesures de réhabilitation et d'amnistie perdant de leur efficacité en terme d'effacement de condamnation du casier judiciaire. L'écoulement d'un délai, sans autre marque d'effort de la part de l'ancien délinquant, n'est socialement plus acceptable comme seule nécessité pour obtenir l'oubli de sa faute. Depuis 2007, cette politique s'est donc affirmée, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 maintenant la fiche de la condamnation, même après réhabilitation, au B1²⁶⁸⁶, (les B2 et B3 pouvant néanmoins être apurés) et aucune traditionnelle loi d'amnistie n'ayant été prise suite à l'arrivée du nouveau président de la République à l'Elysée. Mais, malgré tous ces aménagements, ce casier demeure une mémoire considérée comme « *trop délétère* »²⁶⁸⁷, eu égard notamment à ces biais d'effacement que sont l'amnistie ou la réhabilitation. On notera d'ailleurs que la récente loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 travaille en sens inverse de cette politique intransigeante, dans une optique d'aide salutaire à la réinsertion, en permettant aux juridictions d'application des peines, lorsqu'elles traitent d'un aménagement de peine en faveur d'un condamné, « [...] d'exclure du bulletin numéro 2 [...] les condamnations qui font obstacle au projet d'application des peines. »²⁶⁸⁸. On en revient ainsi à une appréciation lucide de l'impact de ce bulletin, indirectement, par son utilisation actuelle, sur la vie sociale et à contresens avec la lutte contre la récidive.

En conséquence aussi, à côté de cette mémoire judiciaire, la mémoire policière s'impose comme plus intransigeante, moins amnésique, plus efficace : mesures d'amnistie ou de réhabilitation n'ont plus aucun effet sur la présence des données en cause au sein des fichiers tels que STIC et JUDEX, la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002, elle-même une loi d'amnistie, et le décret n° 2006-1258 du 14 octobre 2006 y ont pourvu, réformant le droit sur ce point.

Et en effet, en réalité, dans les sociétés sécuritaires et du risque telles que tendent à le devenir les démocraties occidentales, ce ne sont pas simplement les fichiers à inscriptions post-sentenciels qui doivent retenir l'attention. Les fichiers de police tels le STIC²⁶⁸⁹ et le JUDEX²⁶⁹⁰, le FAED²⁶⁹¹ le FNAEG²⁶⁹², sont propres à réunir des informations : les deux premiers, qualifiés de « *fichier[s] d'antécédents* »²⁶⁹³, rassemblant des informations sur les procédures policières et de gendarmerie et notamment sur les mis en cause, à partir des procès-verbaux informatisés établis par les enquêteurs et permettant la mise en relation de ces informations éparses, les deux autres, des « *fichiers*

²⁶⁸⁴ S. GRUNVALD, « Casier judiciaire et effacement des sanctions : quelle mémoire pour la justice pénale ? », *AJP* 2007, p. 416

²⁶⁸⁵ Expression empruntée à C. ELEK, dans *Le casier judiciaire*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ? », 1988, p. 107, par S. GRUNVALD, « Casier judiciaire et effacement des sanctions », *op. cit.*, 2007, p. 417

²⁶⁸⁶ Aujourd'hui, alinéa 3 de l'article 769 CPP

²⁶⁸⁷ S. GRUNVALD, « Casier judiciaire et effacement des sanctions », *op. cit.*, 2007, p. 418

²⁶⁸⁸ Alinéa 3 de l'article 712-22 CPP issu de l'article 78 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁶⁸⁹ Système de Traitement des Infractions Constatées, fichier de la Police nationale

²⁶⁹⁰ Système Judiciaire de Documentation et d'Exploitation, fichier utilisé aux mêmes fins mais appartenant à la Gendarmerie nationale

²⁶⁹¹ Fichier Automatisé des Empreintes Digitales

²⁶⁹² Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques

²⁶⁹³ P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *op. cit.*, 2007, p. 62

d'identification »²⁶⁹⁴, figurant davantage comme de grandes banques de données, le premier digitales, le second génétiques. Si le FAED se préoccupe davantage des personnes mises en cause dans des procédures pénales ou suspectées d'avoir participé ou commis un crime ou un délit et des personnes détenues dans un établissement pénitentiaire, le FNAEG se tourne de manière plus affichée vers les condamnés, recueillant à la fois le profil des condamnés définitifs pour certaines infractions²⁶⁹⁵ comme « [...] *les traces biologiques relevées sur les scènes de certains crimes ou délits* [...] »²⁶⁹⁶. Enfin, tandis que le FAED a été créé par un décret de 1987, les autres fichiers policiers sont de création officielle récente, leur acte fondateur, décret ou loi, remontant à la fin des années 1990 et au début des années 2000. Il semblerait néanmoins que les deux fichiers d'antécédents aient eu une existence officieuse bien antérieure²⁶⁹⁷.

Cette démarche du fichage se révèle autant voire plus active dans la mise en oeuvre de cette politique du rejet du droit à l'oubli et surtout du profilage que les autres procédés de suivi. Les condamnés sont en effet maintenus dans les banques de données directement accessibles par la police dans le cadre de ses enquêtes et estampillés de leur passé pénal, les données étant conservées vingt ans pour les majeurs mais ce délai pouvant monter jusqu'à quarante ans pour certaines infractions (agression sexuelle, empoisonnement, escroquerie etc.) dans les fichiers STIC et JUDEX (et donc, vraisemblablement, dans le fichier en cours de réalisation ARIANE²⁶⁹⁸, qui n'est qu'une mutualisation des données contenues dans les deux premiers), jusqu'à vingt-cinq ans dans le FAED et la règle des quarante ans s'appliquant indifféremment, cette fois, à tous les condamnés figurant dans le FNAEG. Aussi peut-on conclure avec Denis SALAS : « *Sans nier les aspects positifs de ces fichiers, [leur utilité, notamment en matière de preuve], [...] cette passion pour le renseignement accumule un savoir qui ignore tout de la singularité de leurs auteurs. Comment alors envisager une réinsertion, se projeter dans l'avenir quand la société se souviendra de tout ?* ». Et de rajouter « *On attendrait plutôt une évaluation comparée des risques pour les libertés et des avantages pour la sécurité. Un bilan de la récidive des auteurs d'infractions sexuelles, par exemple, aurait montré qu'elle est parmi les plus faibles au regard d'autres délits comme les violences volontaires ou le trafic de stupéfiants.* ». Pour terminer sur une note amère et inquiétante voire alarmante : « *Au total, l'idéal de réhabilitation subit une lourde défaite. Celui qui tient le fichier ne tient pas seulement la liberté d'autrui. Il l'attache irrévocablement à la trace de ses condamnations. Pis, il peut désormais produire les preuves d'une carrière criminelle. Un acte pourra toujours être rattaché à une séquence de traces. Une vocation pour le crime peut ainsi être déterrée. A l'appui de cette découverte, il sera aisé d'éluider tout espoir de traitement, toute projection dans un futur. Le fichier est le gardien du temps, des émotions et des peurs. En voulant protéger la société, il la fige et la rétracte.* »²⁶⁹⁹.

■ 2. La surveillance judiciaire ou surveillance judiciaire des personnes dangereuses (SJ ou SJPD)

La surveillance judiciaire a, pour sa part, une apparence plus directement sécuritaire : instaurée par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005²⁷⁰⁰, – ladite « loi récidive I » par Martine HERZOG-EVANS²⁷⁰¹ – elle, ne concerne que les condamnés considérés comme dangereux, soit ceux condamnés à une peine privative de liberté égale ou supérieure à sept ans²⁷⁰², pour une infraction pour lesquels le suivi socio-judiciaire était encouru mais non prononcé, et pour qui le

²⁶⁹⁴ R. VEDEL, « Les rôles des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJP*, 2007, p. 64

²⁶⁹⁵ Listées à l'article 706-55 CPP

²⁶⁹⁶ P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *op. cit.*, 2007, p. 63

²⁶⁹⁷ Cf. précisions sur ce point *infra* note 3194 p. 634.

²⁶⁹⁸ Application de Rapprochement, d'Identification et d'Analyse pour les Enquêteurs

²⁶⁹⁹ D. SALAS, La volonté de punir, *op. cit.*, 2005, p. 198

²⁷⁰⁰ Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 « relative au traitement de la récidive des infractions pénales »

²⁷⁰¹ M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive », *op. cit.*, 2007, pp. 357-363

²⁷⁰² Et non plus dix, depuis la loi du 10 mars 2010, dénommée « Récidive III » par Martine HERZOG-EVANS (« La loi récidive III : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *Recueil Dalloz* 2010, p. 1428), qui abaisse ce seuil de prononcé, permettant ainsi également une pleine utilisation du PSEM qui peut également être prononcé à partir de condamnation à sept ans de prison mais qui nécessite une « mesure-support » telle que la surveillance judiciaire pour s'appliquer.

risque de récidive « [...] *paraît avéré*. »²⁷⁰³ et doit être constaté par une expertise médicale²⁷⁰⁴, expertise qui peut être doublée, depuis la loi du 10 mars 2010, sur décision du juge d'application des peines ou du procureur de la République²⁷⁰⁵. L'article D. 147-31-1 CPP, créé par le décret n°2010-1277 du 27 octobre 2010, autorise également le prononcé d'une surveillance judiciaire pour les personnes dont la libération conditionnelle a été révoquée partiellement ou totalement. Le même décret permet, comme il le fait pour la libération conditionnelle, une suspension valable pour une durée maximale de trois mois mais renouvelable, de tout ou partie des obligations prononcées dans le cadre de cette mesure de sûreté²⁷⁰⁶ pour raison médicale, et notamment dans le cas d'une hospitalisation. Durant ce laps de temps, le juge peut imposer des obligations autres que celles levées ; quant aux obligations primairement prononcées, elles reprennent leur cours dès que le juge d'application des peines « [...] *constate, par ordonnance, que l'état de santé de ce dernier ne justifie plus la suspension* »²⁷⁰⁷.

C'est bien, à l'origine, une mesure qui vient pallier l'omission des premiers juges de prononcer la mesure à dimension éventuellement d'accompagnement social et sanitaire que constitue le suivi socio-judiciaire, mais en garde-t-elle cet aspect, créée qu'elle est par une loi stigmatisant et renforçant la répression à l'égard des récidivistes et visant précisément les personnes considérées comme potentiellement toujours dangereuses ? N'est-ce pas surtout le caractère de contrôle social pesant sur l'intéressé qui est mis en avant dans cette nouvelle mesure, explicitement qualifiée de mesure de sûreté et prononcée par le tribunal d'application des peines ? Peuvent dans tous les cas être ainsi imposées au libéré les mesures de surveillance et les obligations prévues aux articles 132-44 et 132-45 du Code pénal²⁷⁰⁸ ainsi qu'un placement sous surveillance électronique mobile, une injonction de soins étant *a priori* automatique dès lors qu'il est établi par expertise médicale que l'intéressé est susceptible de faire l'objet d'un traitement, sauf décision contraire du juge d'application des peines. La durée de ces mesures et obligations est calculée, depuis la loi du 10 mars 2010, à la fois sur les réductions supplémentaires de peine et sur les crédits de réduction de peine qui n'ont pas fait l'objet de décision de retrait²⁷⁰⁹, la surveillance judiciaire ne pouvant déborder ce temps de liberté gagné sur la peine prononcée²⁷¹⁰. La dimension sanitaire qui est attribuée à cette mesure, avec l'application de l'injonction de soin de principe, par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, ou « loi récidive II », n'est qu'une répercussion de la « *religion du soin* » déjà mentionnée comme l'un des principe-force de cette deuxième loi²⁷¹¹.

Le détenu peut perdre le bénéfice de cette mesure s'il viole les obligations qui lui sont posées dans le cadre de cette surveillance ou, par ricochet, s'il est condamné pour une nouvelle infraction

²⁷⁰³ Article 723-29 CPP

²⁷⁰⁴ Article 723-31 CPP et article D. 147-34 modifié par le décret n°2010-1277 du 27 octobre 2010

²⁷⁰⁵ Alinéa 3 du nouvel article 723-31-1 CPP

²⁷⁰⁶ Y compris les obligations résultant d'un PSEM le cas échéant (al. 1^{er} de l'article D. 147-40-3 CPP)

²⁷⁰⁷ Article D. 147-40-3 CPP, issu de l'article 3 du décret n°2010-1277 du 27 octobre 2010

²⁷⁰⁸ La loi du 10 mars 2010 est venue simplifier le droit sur ce point, en le durcissant également dans la mesure où elle a introduit la possibilité de prononcer toutes les obligations existant pour le sursis avec mise à l'épreuve, et non plus les seules qui comportaient « [...] *un élément de contrôle et de sécurité* [...] » dans le cadre de la surveillance judiciaire (citation issue de M. HERZOG-EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1435. Techniquement, cela peut remettre en cause le caractère de seule mesure de sûreté de cette surveillance, mais dans les faits, cette extension paraît plus pertinente dans la mesure où, comme le souligne Madame HERZOG-EVANS, « [...] *il est aberrant d'imaginer que l'arrêt de la délinquance soit possible uniquement par voie de contrôle, sans traitement des causes, notamment environnementales et sociales, également présentes en matière d'infractions sexuelles et violentes*.[...] » (M. HERZOG-EVANS, « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *op. cit.*, 2010, p. 1435)

²⁷⁰⁹ L'état du droit antérieur posait un calcul soit sur les réductions supplémentaires de peine soit sur les crédits de réductions de peine. La loi du 10 mars 2010 vient donc allonger de manière importante la durée potentielle de la surveillance judiciaire (article 723-29 CPP). Elle ne fait en réalité qu'entériner une réforme déjà opérée, par décret, dans la pratique (article D. 147-39 CPP)

²⁷¹⁰ Cf. explication sur le système des réductions de peine *supra*, pp.

²⁷¹¹ On retrouve les mêmes modalités de mise en oeuvre de cette obligation que dans les autres mesures concernées par la généralisation de l'injonction de soins : érigée en principe, elle peut toujours être écartée par une décision contraire du juge d'application des peines. En outre, sa mise en oeuvre est subordonnée à une expertise médicale devant établir l'aptitude de l'intéressé à être contraint à ce traitement.

pour laquelle un suivi socio-judiciaire est encouru, la conséquence directe de la violation ou de la condamnation étant le retrait des réductions de peine : faute de réduction de peine-support, la surveillance judiciaire ne peut plus tenir et l'intéressé doit être réincarcéré²⁷¹².

■ 3. Le Placement sous Surveillance Electronique Mobile (PSEM)

Le placement sous surveillance électronique mobile permet le repérage local à tout moment à tout endroit du condamné ainsi tracé grâce à la technologie du GPS. Introduit dans le droit pénal français par la loi du 12 décembre 2005, ce placement, qualifié de mesure de sûreté par le code pénal et interprété comme tel par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 12 décembre 2007 l'amenant à contrôler le décret d'application de la loi de 2005²⁷¹³, n'a pas d'autonomie, devant toujours être assis sur une mesure-support : suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire ou libération conditionnelle. Ce placement apparaît clairement, y compris aux yeux des rédacteurs de la loi, comme une mesure fortement contraignante. Elle n'est ainsi envisagée dans ce cadre déjà restrictif du suivi socio-judiciaire, de la surveillance judiciaire ou de la libération conditionnelle, que pour des personnes dont la dangerosité a été constatée par expertise médicale, ayant été condamnées, - selon la première mouture de cette mesure issue du texte de 2005-, à une peine forcément supérieure ou égale à sept ans de prison, et sous la condition nécessaire que cette mesure « [...] apparai[sse] indispensable pour prévenir la récidive à compter du jour où la privation de liberté prend fin »²⁷¹⁴. Enfin, la mise en oeuvre de ce placement exige le consentement de l'intéressé²⁷¹⁵. Le Conseil d'Etat voit dans cette exigence de consentement la preuve que ce n'est pas une peine, ce raisonnement n'étant pas infaillible si l'on pense à d'authentiques peines, telles que le TIG, qui elles aussi exigent le consentement du condamné. Sans doute faut-il surtout y voir une mesure de prudence afin de garantir de meilleures chances de réussite du retour en liberté, avec un respect sans faute des obligations posées par le juge d'application des peines, et ce compte-tenu vraisemblablement de la particulière lourdeur du contrôle imposé et à la force morale que cela exige de la part de l'intéressé.

A travers cet arsenal de conditions, a ainsi été défini un profil délinquant particulièrement dangereux justifiant cette détermination « [...] à tout moment [...] à distance de [l]a localisation [de l'individu tracé] sur l'ensemble du territoire national [...] », ce « [...] suivi constant des condamnés [visés] [...], leur localisation permanente [...] »²⁷¹⁶ et ce alors même que le PSEM entre en action après la peine ferme, sur ce temps qui ne paraît plus tout à fait pénal – même s'il le reste au prisme des principes du droit pénal –, tout en n'étant pas encore le retour à la liberté totale. Le principe est bien de laisser l'intéressé sortir de prison mais de lui poser un certain nombre d'obligations et d'interdictions, notamment de fréquentation de certains lieux, ou éventuellement de lui imposer une seule zone ferme d'inclusion, de laquelle il ne doit pas sortir, ainsi que des temps d'assignation à résidence. L'ensemble de ces obligations et interdictions sont programmées dans un logiciel de surveillance. C'est ainsi que, assis sur une définition du territoire en trois types de zones – d'inclusion et d'exclusion correspondant aux lieux permis et interdits, et « zones-tampons » formant un périmètre autour des lieux interdits et permettant d'alerter l'intéressé sur son approche d'une zone interdite avant qu'il n'entre en infraction avec les obligations posées – et sur un découpage du temps entre horaires d'assignation à résidence et délais d'autorisation de sortie, le système repère la moindre incartade par rapport à ces impératifs de localisation et déclenche une alarme auprès du contrôleur ainsi qu'un rappel à l'ordre par SMS envoyé sur le boîtier que le placé sous PSEM porte toujours sur lui, en couplage avec le bracelet. Non seulement tout non-respect des obligations,

²⁷¹² Alinéas 1er et 3 de l'article 723-35 CPP

²⁷¹³ Arrêt CE, 12 décembre 2007, « Section Française de l'Observatoire International des Prisons », req. n° 293993, [en ligne], Légifrance ; RFDA 2008, p.1009-1010, note L. de GRAEVE

²⁷¹⁴ Circulaire JUSED0630079C du 16 juin 2006 « relative à la présentation des dispositions résultant de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales concernant le droit pénal et la procédure pénale », p. 9

²⁷¹⁵ Fortement incité à accepter dans le cas du suivi socio-judiciaire, l'emprisonnement prononcé par anticipation en cas de non-respect du suivi socio-judiciaire pouvant être appliqué en cas de refus, il est apparemment libre de son refus dans les autres cas. Mais il est clair que ce refus engage l'intéressé vers des mesures vraisemblablement moins libérales car, le choix de proposer un PSEM nécessitant une importante réflexion et signifiant, par le simple fait qu'elle puisse être proposée, que le profil délinquant est tout particulièrement inquiétant, un refus ne pourra être laissé sans conséquence. Le juge d'application des peines prendra donc d'autres dispositions palliant ce refus et faisant primer la sécurité.

²⁷¹⁶ Circulaire JUSED0630079C du 16 juin 2006, prec., p. 9

assignations, interdictions est immédiatement repérable pour le contrôleur, qui peut alors prévenir les autorités judiciaires qui peuvent à leur tour saisir les forces de l'ordre, mais en outre, il sait immédiatement où retrouver la personne : un traçage des déplacements de l'individu est enregistré, avec les indications-horaires correspondantes, voire même la vitesse de déplacement si l'administration pénitentiaire le demande. Une efficacité incomparable par rapport au simple PSE qui ne renseigne que sur la présence ou l'absence de la personne de son lieu d'assignation.

Comme pour le PSE, outre cette exigence de nécessité particulière pour nécessiter cette mesure, une limite temporelle relativement courte au regard des durées de peines encourues a été posée²⁷¹⁷. Autant de signes du caractère psychologiquement prégnant de ce contrôle incessant possible de l'individu et de sa reconnaissance, même implicite, par le législateur. Une lourdeur de l'emprise psychologique qui amène un certain nombre de professionnels à s'interroger, notamment lorsqu'ils mettent en balance cette prégnance avec le caractère « *indiscernable* »²⁷¹⁸ de la nébuleuse notion de dangerosité qui sert d'assise au prononcé de cette mesure ; une lourdeur qui amène les détracteurs du dispositif à parler de retour au « *boulet du bagnard* »²⁷¹⁹. Chacun, Conseil d'Etat en tête, reconnaît les atteintes aux libertés individuelles et publiques qu'entraîne un tel dispositif, qui entrave incontestablement la vie sociale de l'individu et surtout, pousse l'ingérence dans la vie privée de l'intéressé à un degré rarement atteint, sinon par la prison qui, cette fois, l'ampute cruellement quand elle ne l'anéantit pas. Mais c'est précisément par rapport à la vie en prison qu'il faut comparer la condition faite à l'individu grâce au PSEM, explique la Haute Assemblée. Et il est certain que mis en regard par rapport à cette mesure, le PSEM semble libéral : il permet effectivement de retrouver une vraie latitude de déplacement, une vie familiale qualifiée de « *normale* »²⁷²⁰ par Loïc de GRAEVE, une vie sociale *a priori* correcte dans la mesure où le placé doit pouvoir approcher celle de toute personne libre et même, selon le même auteur, de « [...] permet[tre] au condamné de reconquérir sa vie personnelle »²⁷²¹. Rappelons tout de même que l'objectif de ce type de mesure, à concurrence avec celui de lutte contre la récidive, reste celui de la réinsertion. C'est néanmoins celui du renforcement sécuritaire qui apparaît avec le plus d'évidence. Comme le remarque Paul MBANZOULOU, « [m]ême accolé à d'autres mesures, le PSEM est davantage un outil de sûreté publique qu'un dispositif de réinsertion sociale des condamnés. Ce dernier objectif est davantage assuré au moyen des différentes obligations qui accompagnent ces mesures principales de libération conditionnelle, de surveillance judiciaire et de suivi socio-judiciaire. »²⁷²².

Mesure introduite dans la première loi traitant de la lutte contre la récidive, toujours immiscée en renfort des mesures-support qu'elle accompagne, et toujours, étant donnée sa nature-même, dans un sens de plus grande rigueur du contrôle²⁷²³, certain y voient le besoin « *d'ajouter de la peine à la peine* »²⁷²⁴, de conserver un caractère fortement pénal à des mesures qui, si elles peuvent, dans le cas du suivi socio-judiciaire ou de la libération conditionnelle, garder cette qualité

²⁷¹⁷ Non seulement la durée maximale du PSEM est de deux ans renouvelable une fois en matière délictuelle et renouvelable deux fois en matière criminelle, mais en outre, la durée totale du placement ne peut excéder la durée de la peine complémentaire ou de la mesure qui lui sert de support (c'est-à-dire qui le justifie), suivi socio-judiciaire, surveillance judiciaire ou libération dans le délai de réduction de peine.

²⁷¹⁸ L. de GRAEVE, « « Big brother » sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'Etat » sous CE, 12/12/2007, « *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293993, RFDA 2008, p. 1000

²⁷¹⁹ G. FENECH, *Le placement sous surveillance électronique mobile. op. cit.*, 2005, cité par L. de GRAEVE, « « Big brother » sous le regard du juge administratif : validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'Etat » sous CE, 12 décembre 2007, « *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293993, RFDA 2008, p. 1000

²⁷²⁰ L. de GRAEVE, *op. cit.*, 2008, p. 1003

²⁷²¹ *Idem*, p. 1003

²⁷²² P. MBANZOULOU, « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJP* 2008, p. 174

²⁷²³ La circulaire NOR JUS D. 2008 0802234C du 28 janvier 2008 « relative au placement sous surveillance électronique mobile » pose elle-même explicitement « [...] la prévention de la récidive [notamment] grâce à son caractère dissuasif [...] » (cité par P. MBANZOULOU dans « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJP* 2008, p. 174)

²⁷²⁴ L. de GRAEVE, *op. cit.*, 2008, p. 1001

pénale, ont été créées précisément pour se tourner d'abord vers la réinsertion, à des mesures qui, en outre, pour le suivi socio-judiciaire ou la surveillance judiciaire, perdurent au-delà de la peine principale. Ainsi que l'explique Loïc de GRAEVE, « [p]ar l'institution du PSEM, le droit pénal intègre la vie civile, perdure au-delà de ses frontières traditionnelles, se dilate dans le temps comme l'espoir d'un anéantissement complet de la délinquance. »²⁷²⁵. Car il voit dans l'instauration d'un système de contrôle aussi rigoureux, le « [...] souhait[...] illusoire[...], sur la base d'une expertise médicale permettant de sonder les coeurs et les reins, [de] mettre en place des systèmes de surveillance permettant d'inhiber toute dynamique criminelle. »²⁷²⁶, et, allant plus loin dans son analyse, il voit dans cette volonté de rester toujours « connecté » au placé sous surveillance une marque du temps, celui courant après la réponse en temps réel et celui de « la dynamique proactive »²⁷²⁷, déjà dans le cadre de la réponse pénale. A l'heure du présentisme et de la réponse immédiate, la lutte contre la récidive et les dispositifs sécuritaires ne doivent pas faire pâle figure : « [...] il faut non seulement réagir sur le champ mais également de manière continue afin que la prégnance pénale se ressente insidieusement mais toujours plus fortement »²⁷²⁸. Et de conclure, renvoyant, dans son raisonnement à Michel FOUCAULT, que « [...] [c]ette répression en temps réel et continue conduirait alors le condamné à jouer un rôle nouveau dans l'exécution de sa peine »²⁷²⁹ : sentant cet oeil constant sur lui, ce dernier « [...] deviendrait le principe de son propre assujettissement », se posant à lui-même les règles et bornes que le pouvoir aurait eu, sinon, à lui imposer²⁷³⁰. De toute évidence, si l'objectif de garantir la sécurité des personnes ne se discute pas – cela figure de toute évidence parmi les premières missions fondamentales de l'Etat –, c'est la mise en oeuvre des mesures prises pour tenter d'atteindre cet objectif qui reste soumise à caution et problématique : en soi, le PSEM reste stérile, il n'ouvre pas sur l'avenir sans un accompagnement en parallèle de l'individu en vue de sa réinsertion. En cela, il semble effectivement fondamental qu'il ne soit pas adopté à titre de mesure autonome. En cela aussi, il semble aussi fondamental que les autres moyens permettant d'offrir à toute personne soumise à une mesure post-carcérale l'accompagnement adapté.

■ 4. La surveillance de sûreté

La surveillance de sûreté a été créée en même temps que la rétention de sûreté par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008. Semblable, dans son régime, à la surveillance judiciaire, elle réplique, dans un cadre de privation de liberté hors enfermement, la révolution opérée par la rétention de sûreté dans le cadre de la claustration : elle permet en effet de prolonger les mesures de sûreté ou assimilés tels que la surveillance judiciaire ou le suivi socio-judiciaire au-delà du temps de peine et en-dehors des limites des réductions de peines, et y compris lorsque le condamné, n'ayant pas respecté les obligations posées dans le cadre de cette surveillance ou de ce suivi, s'en est vu retirer le bénéfice. Elle s'affranchit donc de tout artifice visant à maintenir ces mesures dans une légalité conforme aux principes du droit pénal français respectés jusqu'en 2008. Elle peut également être prononcée à la suite d'une rétention de sûreté, lorsque la personne continue à être considérée comme dangereuse mais sans être du ressort de l'enfermement en rétention. La loi du 10 mars 2010, durcissant le droit pénal, est venue rajouter un motif de prononcé de cette surveillance, en cours de surveillance judiciaire cette fois, lorsque la personne se sera fait retirer la totalité de ses remises de peine suite à une violation de ses obligations « [...] dans des conditions qui font apparaître des risques qu'elle commette à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13 [...] » et auquel cas la surveillance s'applique dès la libération de l'intéressé²⁷³¹.

Cette mesure permet donc notamment de maintenir indéfiniment un contrôle social, toute obligation pouvant être imposée dans le cadre de la surveillance judiciaire²⁷³² et une injonction de

²⁷²⁵ L. de GRAEVE, *op. cit.*, 2008, p. 1001

²⁷²⁶ *Idem* p. 1001

²⁷²⁷ *Idem* p. 1001

²⁷²⁸ *Idem* p. 1001-1002

²⁷²⁹ *Idem* p. 1002

²⁷³⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit.*, 1975, p. 236

²⁷³¹ Alinéa 6 de l'article 723-37 CPP de toute évidence inspirée par le rapport LAMANDA, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, [en ligne], *op. cit.*, 2008

²⁷³² Sur ce point, la loi du 10 mars 2010 est venue étendre le champ de ces obligations en modifiant l'article 723-30 CPP dans le cadre de la surveillance judiciaire (cf. le paragraphe sur la surveillance judiciaire *supra*, ce chapitre, pp. 554

soin, voire un PSEM si ce dernier avait été jugé utile dans le cadre du suivi socio-judiciaire ou de la surveillance judiciaire : la surveillance de sûreté, prononcée pour deux ans²⁷³³ peut en effet être renouvelée tous les ans ou tous les deux ans sans être bornée dans le nombre de ses renouvellements, restant calquée, sur point, sur la rétention de sûreté.

Une telle mesure ne peut être prise qu'à l'encontre de personnes ayant commis les infractions pouvant justifier la rétention de sûreté. La procédure pour le prononcé comme pour la reconduction de la mesure est identique à celle valable pour la rétention de sûreté qu'il s'agisse de la décision prononçant cette procédure, en alternative ou à la suite d'une rétention de sûreté, ou que cette décision soit prise à la suite d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire qui atteint son terme : la commission régionale de la rétention de sûreté se prononce après un débat contradictoire au cours duquel l'intéressé est obligatoirement assisté d'un avocat et la décision est susceptible des mêmes appel et pourvoi en cassation. Simplement, dans le cas où le prononcé se fait à la suite d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire, le juge d'application des peines saisit la juridiction régionale six mois avant la fin de ce suivi socio-judiciaire ou de cette surveillance judiciaire et l'intéressé est soumis à une expertise médicale qui doit émettre un diagnostic sur la « *persistance de la dangerosité* »²⁷³⁴ du condamné. Dans le cas où la surveillance sera prononcée en alternative à la rétention, cela se fera dans le cadre de la procédure plus élaborée propre à l'étude de cette grave décision de rétention²⁷³⁵, sachant qu'une possibilité de demande de main-levée dans des termes identiques à celle existant déjà pour la rétention de sûreté a été introduite par la loi du 10 mars 2010²⁷³⁶.

On reste dans des mesures qui se veulent relativement exceptionnelles : comme pour la rétention de sûreté mais à un degré moindre, la juridiction doit bien vérifier la nécessité de la mesure de surveillance de sûreté : l'inscription au FIJAIS et ses obligations corollaires apparaissent insuffisantes pour prévenir la commission des crimes justifiant une rétention de sûreté et le recours à une telle mesure « [...] *constitue l'unique moyen de prévenir la commission, dont la probabilité est très élevée, de ces infractions* »²⁷³⁷. Notons que tout non-respect des obligations posées dans le cadre d'une surveillance de sûreté, même s'il s'agit d'un prolongement des obligations posées dans le cadre d'une surveillance judiciaire ou d'un suivi socio-judiciaire, de même que le refus de se soumettre au PSEM au titre de modalité d'exécution de la surveillance de sûreté peut entraîner le placement en rétention de sûreté, une procédure d'urgence pouvant permettre le placement provisoire en centre socio-médico-judiciaire ne pouvant excéder trois mois, le temps que la juridiction régionale statue²⁷³⁸. Contrairement à la rétention de sûreté, cette mesure de surveillance est d'application immédiate.

■ 5. L'assignation à domicile

La loi du 25 février 2008 a également introduit une mesure d'assignation à domicile, devant nécessairement être rattachée à une surveillance judiciaire, un suivi socio-judiciaire ou une surveillance de sûreté, pour les personnes condamnées à des infractions justifiant le placement en rétention de sûreté. Doublée d'un PSEM, la mesure consiste à imposer le maintien à résidence de la personne en-dehors des horaires fixés par le juge. Les autorisations d'absence peuvent être motivées par « [...] *l'exercice d'une activité professionnelle par le condamné ; [...] [le suivi d'] un enseignement ou [d'] une formation, [parce qu'il] effectue un stage ou occupe un emploi temporaire en vue de son insertion sociale ; [par] sa participation à la vie de famille [...] [ou encore par] la*

et s., et notamment, la note 2701 sur ce point) , article auquel il est fait renvoi par l'alinéa 1er de l'article 706-53-19 CPP indiquant le contenu possible de la surveillance de sûreté

²⁷³³ Et non plus un an comme cela était posé par la loi du 25 février 2008, l'extension ayant été opérée par la loi du 10 mars 2010.

²⁷³⁴ Alinéa 3 de l'article 723-37 CPP

²⁷³⁵ Cf *supra*, sur la rétention de sûreté, p. 526 et s.

²⁷³⁶ Alinéa 1er de l'article 706-53-19 CPP

²⁷³⁷ Alinéa 3 de l'article 723-37 CPP, 2°

²⁷³⁸ Néanmoins, dans le cas où la rétention de sûreté peut être envisagée suite à violation des obligations posées à l'intéressé dans le cadre d'une surveillance de sûreté, la loi du 10 mars 2010 a introduit l'exigence qu'il soit vérifié qu'un simple renforcement des obligations imposées dans le cadre de la surveillance de sûreté semble insuffisant pour parvenir à l'objectif de prévention de récidive des infractions listées à l'article 706-53-13 CPP.

prescription d'un traitement médical »²⁷³⁹. Comme le relève Martine HERZOG-EVANS, le législateur n'a pas qualifié cette nouvelle mesure, qu'elle interprète, eu égard à son rattachement nécessaire à des mesures de sûreté ou assimilés et eu égard à son statut dans ce cadre, comme « *une obligation particulière* » pouvant prendre effet dans le cadre de ces mesures²⁷⁴⁰. Comme la surveillance de sûreté, elle est rétroactive puisqu'elle est applicable pour les personnes « [...] *exécutant, à la date du 1er septembre 2008, une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans [...]* » pour les infractions mentionnées à l'article 706-53-13 CPP. La mesure est donc rétroactive « [...] *au regard de la date de condamnation de ces personnes ainsi que de la date des faits qu'elles ont pu commettre.* »²⁷⁴¹.

Le droit de la peine s'est étiré dans le temps, dans son champ d'application, au point qu'il lui faudrait changer de nom. Car désormais, les mesures concernent le temps post-pénal au delà du post-sentenciel. En même temps qu'il multiplie les mesures de sécurité dans le cadre du second, le législateur ne s'embarrasse plus des principes républicains, d'une justice fondée sur la liberté, pour organiser le premier au nom de revendications sécuritaires. En 2006, Thierry LEVY remarquait et expliquait l'emballlement sécuritaire qui amenait à exiger un durcissement des peines et un refus de reconsidérer leur modalité d'exécution en alternative à la prison, eu égard à l'érosion des libertés de manière générale²⁷⁴². Ainsi, expliquait-il « *surveiller, c'est punir* »²⁷⁴³ mais comment encore y croire lorsque tout un chacun est constamment soumis à l'oeil de caméras de surveillance, se sait potentiellement traçable sur Internet etc. ? Comment considérer le PSE comme véritablement une peine, alors qu'elle l'est bel et bien ?²⁷⁴⁴ Dans la réalité juridique, sa première assertion n'est pas tout-à-fait exacte puisque le législateur a réellement érigé le PSE en modalité d'exécution de la peine, pour les courtes peines, et que la loi du 24 novembre 2009 a même renforcé cette position en étendant le champ d'application de cette modalité d'exécution²⁷⁴⁵. Mais ce qu'il pointe est le refus de mener jusqu'au bout cette logique visant à faire du PSE une peine à part entière. Or effectivement, la prison reste la référence et le PSE n'est qu'une modalité d'exécution en alternative, dès lors que des conditions justifient l'application de cette alternative à la prison pour exécuter la peine. Il est vrai que le législateur n'a toujours pas sauté le pas de retourner la logique de l'article 132-26-1 CP en faisant du PSE la peine de référence dans le cas des courtes peines, l'exception devenant la prison. Quant à sa seconde remarque, alarmiste, sans doute n'est-elle pas dénuée de fondement et, transposée aux temps post-sentenciel et post-pénal, elle explique la profusion de mesures de sûreté. Des mesures qui marquent un retrait certain dans la confiance faite à l'individu sortant de prison et dans la capacité de la prison, de la peine même aménagée, à le corriger, le soigner, le réinsérer.

La prégnance de ces mesures de surveillance n'est pourtant plus à démontrer, au point que, pour celles qui sont encore de l'ordre de la liberté de choix, telles que la libération conditionnelle voire le PSE, un certain nombre de détenus préfèrent effectuer leur temps en prison et sortir vraiment libres. Affichées comme des mesures de faveur, un incontestable saut qualitatif dans l'exécution de la peine, elles n'ont cependant rien de laxiste ; ce type de restriction de liberté doit donc être utilisé avec parcimonie, autant que la peine de prison. Une privation de liberté n'est jamais une mesure au rabais, elle est d'abord une privation de liberté quelle qu'en soit la forme. Les procédés technologiques en expansion pourront permettre dans un avenir certainement proche, de renforcer les contrôles. Les puces RFID seront ainsi, de toute évidence, prochainement proposées pour améliorer le suivi des personnes, comme le GPS l'a été avec le PSEM par rapport au PSE, qui

²⁷³⁹ Alinéa 1er de l'article 723-30 CPP, 3° (dans le cadre de la surveillance judiciaire)

²⁷⁴⁰ M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 d 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *op. cit.*, 2008, p. 167

²⁷⁴¹ *Idem* p. 167

²⁷⁴² Selon Jean DANET, les manifestations d'inquiétude à propos de cette érosion et de la remise en cause de « [...] *l'équilibre entre les libertés et la sécurité [...]* » sont devenues choses banales tant elles sont récurrentes. Il développe à ce sujet d'intéressantes considérations sur l'évolution technologique et notamment des technologies du contrôle ainsi que leur utilisation dans le cadre sécuritaire au détriment des libertés publiques et individuelles. (J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, *op. cit.*, 2006, pp. 324-329)

²⁷⁴³ Th. LEVY, Nos têtes sont plus dures que les murs de nos prisons, *op. cit.*, 2006, p. 53

²⁷⁴⁴ *Idem* pp. 75-77 et notamment p. 77

²⁷⁴⁵ Cf. *supra*, développement sur le PSE, pp. 178 et s.

n'a lui-même rien à voir avec les simples procédures de pointage et de vérification, seules existantes jusqu'en 1997, dans le cadre des régimes de confiance comme la libération conditionnelle. Le danger est réel de voir brader et les libertés publiques, et celles, tout particulièrement, du détenu voire de « l'homme dangereux » -donc du fou ?, de certains fous en tout cas-, au nom d'un rapport entre caractère apparemment indolore de ce pistage sans entrave et diminution du « risque ». L'infiltration dans la psychiatrie du discours sécuritaire s'est accentuée ces dernières années, les procédés de pistages y compris par PSEM ont commencé à être évoqués pour ce milieu dans le champ politique²⁷⁴⁶. On arguera de l'incontestable amélioration de la qualité de vie de l'individu laissé en liberté sous ce contrôle par rapport à celle connue en prison notamment. L'argument ne serait pourtant que partiel si l'on tient compte des personnes atteintes de troubles mentaux, et il n'est pas certain qu'il serait juste car on peut douter que de tels contrôles permettent, malgré tout, d'éradiquer la prison, on en a étudié les raisons profondes. Il ne s'agit pas ici d'être alarmiste avant l'heure ou de jouer avec l'art divinatoire récusé précédemment mais d'intégrer le « devoir de vigilance » propre à tout citoyen à l'égard des décisions politiques engageant son Etat et la société dans laquelle il vit.

C · EN GUISE DE BILAN : HEURS ET MALHEURS DU DROIT A L'OUBLI ?

La mémorisation d'informations dans une logique de sécurité publique et de prévention contre la récidive peut bien entendu se concevoir aisément. Mais la conciliation avec les libertés de ces individus et l'encouragement de leurs efforts de réinsertion est subtile. Le droit à l'oubli, même aménagé à temps, doit permettre à ces condamnés ayant purgé leur peine de regagner cette présomption d'innocence reconnue à tout individu et d'éviter la stigmatisation policière au moindre délit ou crime en quête d'auteur. Ce droit à l'oubli, qui n'a jamais trouvé formulation explicite, en tant que tel, dans le droit pénal, même s'il n'est pas réellement ignoré des juristes²⁷⁴⁷, doit pourtant être considéré comme un principe essentiel de la matière dans la détermination de ses frontières traditionnelles temporelles²⁷⁴⁸. C'est la prise d'acte du travail du temps, « [...] *justifiant, tant pour la paix sociale que pour la réinsertion du condamné, que le souvenir de l'infraction commise et de la sanction prononcée ne soit pas ravivé.* »²⁷⁴⁹. C'est bien le propre de la peine de permettre à la société de régler ses comptes avec l'individu fautif, en vue d'un retour à l'harmonie et à la paix sociale. Déjà à propos de la peine, Denis SALAS, analysant la jurisprudence européenne sur la question²⁷⁵⁰, évoque ses temporalités successives, qui peuvent immiscer à l'intérieur du temps de peine une « [...] *dimension rétributive [brute] forte [...]* »²⁷⁵¹, appuyée sur la période de sûreté et toute son intransigeance rendant impossible l'aménagement de peine, mais qui doivent nécessairement déboucher sur une autre perspective, réhabilitatrice cette fois. Doit venir un temps ouvert aux réexamens de la situation de l'individu, le temps où « [...] *la perspective du pardon [...]* »²⁷⁵² doit pouvoir venir orienter le sens la peine. Sans cette perspective, explique le magistrat, « [...] [la peine] *s'apparente à une élimination pure.* »²⁷⁵³. « *La mesure de la culpabilité et de la dangerosité n'est pas le tout de la peine.* »²⁷⁵⁴. Que dire alors de ce droit de l'ancien condamné ayant purgé sa

²⁷⁴⁶ Cf. le discours de Nicolas SARKOZY dit « discours d'Antony » du 2 décembre 2008

²⁷⁴⁷ Cf. sur ce sujet C. COSTAZ, « Le droit à l'oubli », *La Gazette du Palais*, 27 juillet 1995, Doctrine, pp. 961-970

²⁷⁴⁸ L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., 2009, p. 128

²⁷⁴⁹ *Idem* p. 132

²⁷⁵⁰ Notamment les arrêts CEDH, 21/2/1996, « *M. A. HUSSAIN c/ Royaume-Uni* », req. n° 21928/93 et « *SINGH c/ Royaume-Uni* », req. n° 23389/94, à propos de peines perpétuelles. La Cour européenne y rejette la théorie de l'incapacitation, les peines d'incapacitation « [...] *impliqu[a]nt une mise hors d'état de nuire de groupes d'infracteurs pour une période prolongée.* » (D. SALAS, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?*, op. cit., 2009, p. 119)

²⁷⁵¹ D. SALAS, *La volonté de punir*, op. cit., 2005, p. 133

²⁷⁵² *Idem* p. 134

²⁷⁵³ *Idem* p. 134

²⁷⁵⁴ *Idem* p. 134

dette envers la société, en la confiance et en la croyance en son amendement et sa réhabilitation morale ? Le lui refuser est ôter à l'Homme la reconnaissance de sa capacité de rédemption. Il ne s'agit pas de nier les cas de récidive mais de refuser d'appuyer les droits pénal et policier sur ces seuls constats d'échecs, en faisant fi de toutes les réussites et en condamnant alors l'ancien condamné à demeurer un perpétuel délinquant, au moins virtuel. Or avec les mesures de contrôle post-sentencielles, et notamment avec un fichage de très longue durée renforcé de contraintes pour les individus qui y sont soumis, on tombe déjà dans la dilatation du temps de la peine dénoncé par Claude-Olivier DORON pour le suivi socio-judiciaire²⁷⁵⁵. Le système du fichage, et même sa prolifération au-delà des seuls délinquants, est un des signes les plus exemplaires de la logique actuarielle tendant à irriguer la justice pénale. Il s'agit de cerner les personnes à risque dans le cadre d'une amplification de la société de surveillance, et de ses technologies toujours plus puissantes qui posent tout individu, sans autre alternative, à la fois comme suspect et comme victime potentielle. Les techniques de prédiction de l'infraction telles que le profilage s'épanouissent. Non seulement le droit à l'oubli disparaît²⁷⁵⁶, mais il faut se prononcer sur l'avenir, prédire. On se trouve face à une dilatation du présent, un débordement dans le passé et sur l'avenir. Comme l'explique Denis SALAS, « [i]l n'y a plus d'infractions mais des menaces, plus de délinquant mais des groupes cibles et des territoires à risques »²⁷⁵⁷. Emerge, alors, face à des populations ciblées telles que les anciens délinquants, une neutralisation de ce droit à l'oubli pour « [...] toujours garder un oeil [sur eux], [...] le[s] rendre toujours visible[s], non pas pour ce qu'il[s] [ont] fait mais pour ce qu'il[s] risque[nt] de faire. »²⁷⁵⁸ Le droit pénal post-moderne marque sa rupture avec le modernisme par son « [...] glissement [...] d'une réaction légitime à l'infraction commise à une prévention exacerbée de l'infraction redoutée. »²⁷⁵⁹.

Si la politique est à la recherche de la diminution de l'enfermement strict, qui reste, certes, le coeur idéologique et la forme la plus emblématique de la privation de liberté, l'alternative offerte doit être observée avec mesure et vigilance. Sans compter qu'en parallèle, la mise sous contrôle de la liberté joue également comme une extension de l'emprise de la personne au-delà du simple alibi de l'alternative à l'enfermement. Le système ainsi construit, progressivement devient inquiétant dans la remise en cause silencieuse et si peu éclatante de principes fondamentaux qu'il rend effective, attendant, en son tréfonds, à la manière d'aborder l'individu dans ses rapports avec le groupe sociétal. Une évolution sans doute aussi grave et profonde pour le système juridique que le tremblement de terre médiatique et volontairement retentissant qu'a été la rétention de sûreté., à la différence près que la seconde concerne un nombre infime de personnes quand la première est un effet de masse.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le passage de la négation de la personne dans l'institution totale à une reconnaissance en marche de l'individu sujet de droits et citoyen débouche néanmoins sur une réelle interrogation quant à la valeur de cette réinscription, *a priori* déstigmatisante de l'individu détenu ou aliéné dans la société. Les procédures de privation de liberté, brèche nécessaire dans les droits du citoyen pour

²⁷⁵⁵ Cl.-O. DORON, « Une volonté infinie de sécurité », dans Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*, op. cit., 2009, p. 188

²⁷⁵⁶ De même, d'ailleurs, que l'oubli judiciaire est de moins en moins accepté. Ainsi repousse-t-on les prescriptions pour « [...] remonter toujours plus loin dans le temps pour juger des faits commis toujours plus lointains [...] », politique appliquée par le législateur là encore, selon Jean DANET, mû par la pression des victimes. J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., 2006, p. 60). A propos de la prescription et du nouveau rapport au temps qui s'installe dans les sociétés actuelles, notamment en rapport avec le poids accordé à la victime dans la gestion de la politique pénale, cf. J. DANET, « Première partie : la prescription de l'action publique », dans J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS, Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France.*, op. cit., 2006, pp. 73-182

²⁷⁵⁷ D. SALAS, *La volonté de punir*, op. cit., 2005, p. 197

²⁷⁵⁸ L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle », dans M. MASSE, J.-P. JEAN et A. GIUDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?* op. cit., 2009, p. 136

²⁷⁵⁹ *Idem* p. 136

permettre l'emprise sur son corps, demeurent, de plus en plus sûres quant à la protection contre l'arbitraire. Mais les procédés sur lesquels elles ouvrent tendent à se diversifier et le schéma à se complexifier. Il ne s'agit plus de se restreindre à l'enfermement strict, si attentatoire à l'ensemble des libertés de l'individu. Surtout, il ne s'agit plus, et de moins en moins, de se cantonner à la stricte mesure, immédiate, visant le traitement, qu'il s'agisse du soin, de la détention de prévention ou de la peine. En effet, à l'enfermement strict font suite ou viennent se substituer des formes plus subtiles d'« enfermement en liberté », qui maintiennent, de manière moins voyante mais néanmoins réelle et sur plus long terme privation de liberté et stigmatisation. Une nouvelle raison de s'interroger sur la place réellement dévolue à ces personnes privées de liberté dans la société et sur les significations profondes de l'enfermement eu égard à ces catégories juridiques que sont les détenus et les personnes hospitalisées sous contrainte. C'est, pour ce faire, à l'intérieur du prisme institutionnel, représentant de cette dernière dans sa prise en charge envers l'individu, qu'il faut se placer.

*
* *

CHAPITRE 2

LA DEFINITION DES RAPPORTS DE L'INDIVIDU A L'INSTITUTION AU GRE DES EPOQUES : DE LA NEGATION A LA RECONNAISSANCE DE LA PERSONNE ET DU CITOYEN

L'Histoire retient deux acceptions du terme « citoyenneté » renvoyant à deux conceptions différentes de la notion. Dans le cadre de la première, le terme est revêtu également de deux définitions différentes : au sens le plus strict, la citoyenneté correspond, pour reprendre une définition de Stéphane CAPORAL, à la « *participation à la chose publique dans un système politique institutionnel* »²⁷⁶⁰. Définition qui fait de l'individu seulement un électeur et un personnage éligible. Plus classiquement, le citoyen est présenté comme l'individu « *disposant dans une communauté de l'ensemble des droits politiques et civils* »²⁷⁶¹, rajoutant ainsi une identité personnelle de membre de la société à l'apanage politique. En réalité, Raymond LE GUIDEDEC, réconcilie ces deux définitions en parlant de « *deux sortes de citoyenneté* »²⁷⁶², celle politique rejoignant la définition de Stéphane CAPORAL, et celle civile, permettant à l'individu d'être « *un acteur dans la société civile jouissant et exerçant les droits civils reconnus ou attribués par la loi* »²⁷⁶³.

Ainsi, cette qualité de citoyen est une création juridique raisonnée, délivrée par l'Etat aux individus qui remplissent les conditions qu'il a lui-même fixées, et non un attribut naturel du type « droits de l'homme », qui serait intrinsèque à la personne. Or ces conditions renvoient d'abord à des notions de capacité au sens intellectuel et raisonnable du terme, et de moralité.

Mais parallèlement, une seconde acception de la notion de citoyenneté l'accorde à la reconnaissance de droits fondamentaux. Une autre question de fond surgit alors : seul le citoyen peut-il se voir reconnaître des droits fondamentaux ? Est-ce le citoyen qui détermine la reconnaissance de droits fondamentaux ou la reconnaissance de tels droits qui fait le citoyen ? Jeu de questions qui pourrait paraître un pur jeu oratoire, si n'apparaissait en arrière-fond une angoissante réalité dès lors que l'on met ce jeu de mots en rapport avec les deux cas d'étude ici présentés, le fou et le prisonnier : peuvent-ils, l'un et l'autre, être considérés comme des citoyens ? Conservent-ils cette qualité à partir du moment où ils sombrent dans leur nouvelle identité juridique ? La retrouvent-ils, le cas échéant, après leur période d'égarement ? Dans tous ces cas, *quid* de leurs droits fondamentaux ? Tout le problème réside en réalité dans ce qu'on a mis derrière le terme « citoyen » selon les époques.

Il ne fait aucun mystère que sous l'empire de l'institution totale, l'aliéné comme le prisonnier se voient privés de la citoyenneté politique, pour des raisons différentes dans les deux cas. La citoyenneté civile leur est conservée, quoique parfois amputée. Par contre, répondre à la question devient délicat lorsqu'il s'agit de se placer sur la deuxième acception du terme, celle qui joue de ses rapports entre citoyenneté et droits fondamentaux (section I).

²⁷⁶⁰ S. CAPORAL dans le cadre de sa communication « Citoyenneté et nationalité en droit public interne » dans G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*. Actes du colloque des 3,4 et 5 novembre 1993 à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Paris, Litec, 1995, 167 p.

²⁷⁶¹ Définition de R. LE GUIDEDEC tirée de sa communication « Citoyenneté et majorité » dans G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, p. 97

²⁷⁶² R. LE GUIDEDEC, « Citoyenneté et majorité », dans G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, p. 97

²⁷⁶³ *Idem*, p. 97

La chute du paradigme de l'institution totale et totalitaire est provoquée entre autres par une réinvention de la notion d'humanité, une redéfinition concomitante de la place de l'individu par rapport à la société. Ainsi, on a assisté d'un côté à la redéfinition d'une notion d'individu, de personne, intégrant désormais pleinement, dans la théorie du moins, fous et prisonniers dans ses rangs et, parallèlement à cette réintégration de ces populations dans le droit commun de la personne humaine et citoyenne, à l'évolution de la place de l'individu dans la société. L'individualisme devient un repère central de l'humanisme renaissant ; la personne devient prépondérante dans tous les cadres institutionnels, la société doit se définir pour elle, autour d'elle. L'institution totale devenue service public doit s'ouvrir aux revendications d'un usager qui se dote de droits, qui rejette son ancien statut d'administré passif. Or, dans une institution, -le service public-, dont le moteur central reste l'intérêt général, revendiquer et exercer des droits tels que le droit à la transparence administrative ou celui à la participation, c'est faire oeuvre de citoyenneté en participant d'un autre manière à la création du lien social, au fonctionnement et à la définition de la société ; c'est devenir un « citoyen administratif »²⁷⁶⁴. Autant de qualités que fous et détenus, pris dans le mouvement général, au même titre que toute autre personne, se voient reconnaître, autant de droits dont ils commencent à prendre conscience et possession (section II).

SECTION I : LA NEGATION DU CITOYEN ET DE LA PERSONNE DANS L'INSTITUTION TOTALE

Les régimes des droits civiques et politiques et des droits fondamentaux propres, d'un côté, à la personne stigmatisée comme folle (I), de l'autre au condamné (II), soulignent la fragilité du régime de protection qui entoure ces prérogatives, pourtant constitutives de la citoyenneté, et par là même la piètre place faite, dans la société antérieure à 1945, aux deux catégories de populations étudiées.

I. LE MALADE MENTAL : LES CITOYENNETES CIVIQUE ET POLITIQUE RETIREES, LES DROITS FONDAMENTAUX OUBLIES

Concernant l'aliéné, Jean-Yves VINCENT parle, pour sa privation de citoyenneté politique, d'une « *indignité-irresponsabilité* »²⁷⁶⁵, liée à l'absence de la « *volonté éclairée* » de CONDORCET, notion qu'on peut aisément mettre en lien avec l'absence de « *volonté propre* » tant ce qui motive ces deux exclusions est proche. Un malade dont l'esprit est aliéné par la maladie, donc, d'un certain sens, qui n'est plus maître de sa raison, peut-on dire qu'il a une volonté propre ? Assurément non, à cette époque. Sans compter que la maladie mentale comprend toutes les formes de débilité, d'imbécillité et d'idiotie qui renvoient à des esprits faibles, vraisemblablement influençables, que ce soit par naïveté ou par incompréhension. Mais ce qui fait d'abord défaut à l'aliéné, c'est le discernement. Un individu atteint de maladie mentale est un malade qui ne perçoit pas l'importance du geste de voter, pas plus qu'il ne perçoit l'enjeu de son choix, du moins peut-on le craindre. Etre fou, c'est être inconséquent pour la vindicte populaire. L'aliéné ne peut donc conserver ses droits politiques : il va sans dire, en effet, que s'il ne peut voter, on peut encore moins lui confier une

²⁷⁶⁴ Cf. G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse de doctorat de droit public, Université de Panthéon-Assas (Paris II), 2002, 744 p.

²⁷⁶⁵ Expression empruntée à J.-Y. VINCENT, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, op. cit., 1995, p. 110

charge électorale ; l'éligibilité serait plus dangereuse à lui conserver que le droit de vote.

Ainsi, dès le projet constitutionnel girondin de février 1793, l'« imbécillité » et la « démence » *« constatées par un jugement »*²⁷⁶⁶ entraînent l'exclusion du droit de vote pour l'individu qui en est atteint. La Constitution de l'an III complète la liste avec la « fureur »²⁷⁶⁷. Tel reste l'état du droit des fous durant le XIXe et le début du XXe siècle au plan des droits civiques.

Mais surtout, ce texte constitutionnel lie étroitement interdiction judiciaire et perte des droits politiques, posant ainsi la dernière question de fond concernant la citoyenneté de nos deux populations de parias : la reconnaissance des droits civils est-elle indépendante de celle des droits civiques, ce qui finaliserait de manière effective l'existence de deux citoyennetés complémentaires mais distinctes ? En conséquence, qu'en est-il pour les deux populations prises en référence et notamment pour les malades mentaux ? Dépouillés de la citoyenneté politique, les aliénés peuvent-ils aspirer au titre de citoyen au sens civil ou sont-ils également exclus de cette seconde acception ?

Pour ces malades, le lien de causalité, s'il existe, se pose en réalité en sens inverse : leur exclusion de la citoyenneté politique est-elle la conséquence d'une privation de leurs droits civils ou ces deux pans de l'identité citoyenne sont-ils étanches l'un à l'autre ? Il est clair que la déclaration d'interdiction judiciaire prive automatiquement l'interdit de ses droits civils comme politiques. Or, étant à la base un acte de droit privé visant plutôt la protection des biens de l'interdit, on peut voir dans la perte de la citoyenneté politique une conséquence collatérale de la perte de celle civile, comme le résultat d'un emballement assumé du processus de privation de droits à l'encontre de l'aliéné plutôt qu'une concomitance de deux privations de droits.

Ceci dit, le malade mental, même interné, n'est pas automatiquement interdit judiciairement. Etat de fait en contradiction avec le droit théorique qui imposait dès la fin de l'Ancien Régime, on se le rappelle, que l'interdiction soit prononcée pour autoriser le placement. Pourtant, les textes constitutionnels excluent bien les aliénés de toutes sortes et non les « irresponsables » ou les « incapables ». Ni ces textes fondateurs de leur société ni la réalité ne semblent donc faire de lien direct et indéfectible entre interdiction civile et perte des droits politiques. L'interdiction semble un moyen pour priver un individu de ses droits politiques, mais un simple constat par jugement de l'aliénation suffit à entraîner les mêmes conséquences civiques. L'indépendance des deux notions est bien consommée.

D'ailleurs, avec la loi de 1838 apparaît un statut propre de l'aliéné interné, ne touchant qu'à la citoyenneté civile : le voilà mis automatiquement sous une tutelle temporaire, « l'administration provisoire », à partir du moment où il franchit le seuil de l'asile psychiatrique²⁷⁶⁸. Par contre, réajustement du droit aux faits, l'internement n'est plus subordonné au prononcé de l'interdiction judiciaire : le Législateur a joué la carte de la confiance au médecin pour décider de l'enfermement. La croyance en une rationalité médicale permet ainsi d'éloigner le spectre de la lettre de cachet sans plus recourir à l'artifice de l'interdiction, soi-disant protectrice de la liberté individuelle car prononcée par un juge judiciaire. Et pour ancrer encore davantage la distinction entre les deux citoyennetés, la loi du 26 juin 1889 vient préciser à l'article 7 dans le Code civil que *« l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales. »*

Le bilan de la situation du malade mental citoyen semble, à ce stade, peu fructueux : perdant sa citoyenneté politique dès officialisation de sa maladie et du fait même de cette dernière, il se voit privé automatiquement des effets concrets de sa citoyenneté civile à son entrée à l'asile. Véritable victime de sa maladie, doit-on conclure de cette présentation qu'il perd tout titre de citoyen ? La question ne peut être aussi rapidement évacuée. Tout dépend, notamment, du lien que l'on établit entre reconnaissance de droits, droits fondamentaux, statut juridique et citoyenneté. En effet, Robert CASTEL estime que la loi de 1838 crée un véritable statut juridique, complètement original, pour l'aliéné, fait pour la personne internée en asile psychiatrique. Ce statut revêt comme

²⁷⁶⁶ Article 12 du Projet Girondin de 1793

²⁷⁶⁷ Type de folie, caractérisée par la commission d'actes de violence imputés à la maladie.

²⁷⁶⁸ Articles 31 et 32 de la loi du 30 juin 1838

première particularité de voir son application déclenchée par l'acte d'internement et prendre fin avec lui.

C'est donc une vision tout-à-fait particulière de l'aliénation mentale qui est adoptée dans la loi de 1838, ce texte traitant moins du malade que de la situation médico-administrative dans laquelle il se situe : peu importe l'état pathologique de l'individu, la gravité de son atteinte par le mal, il connaîtra un statut univoque à partir du moment où il franchira le seuil de l'institution. L'aspect provisoire de l'incapacité ainsi instaurée permet aux juristes de l'époque de parler d'« *incapacité spéciale* » ou, comme DEMOLOMBE, de « *demi-incapacité* ».

Il n'empêche qu'en lui-même, ce statut est gravement attentatoire aux libertés de l'individu car il ne se résume pas à l'aspect civil mais, au contraire, il achève, selon Monsieur CASTEL, la mise sous tutelle du malade mental recherchée depuis la Révolution. En effet, ce *corpus* de droits et devoirs, au-delà de l'incapacité civile automatique qu'il met en place, entérine l'absence de reconnaissance de la majorité des droits civils – on peut même parler de perte de ses droits fondamentaux classiques par l'aliéné – en contrepartie d'un droit aux soins allant au-delà d'un simple droit d'assistance pour les plus démunis. L'« *absence de tout droit* »²⁷⁶⁹ au sein de la société qu'évoque Robert CASTEL, et à laquelle le droit d'assistance vient répondre, concerne le malade indigent avant son entrée à l'asile. Mais « *la dépendance indissociablement médicale, institutionnelle et légale* »²⁷⁷⁰ est bien une conséquence de la seule admission à l'asile. Substance-même du statut de l'aliéné interné, elle concerne toutes les personnes renfermées au sein de l'institution psychiatrique, démunies comme fortunées. En effet, en entrant à l'asile, l'individu passe sous la toute-puissance médicale, la loi prononcée par le personnage du médecin subordonne toute autre. D'ailleurs, la loi de 1838 n'ouvre pas de chapitre sur les droits des malades. Thibault GONGGRYP estime même que le dogme du malade mental détenteur de droits fondamentaux n'émerge qu'« *à l'occasion de ce foisonnement intellectuel [...], puis sous l'impulsion du monde juridique qui traverse la fin du XXe siècle [...]* »²⁷⁷¹. La nécessité thérapeutique reste une considération rédhitoire à toute autre au sein de l'institution et la loi générale ne s'en mêle pas.

Reste à voir dans la pratique, si, dans la période antérieure à 1945, les droits reconnus au citoyen – ou à l'Homme – en général, ces droits qu'on peut qualifier de fondamentaux avec notre vocable actuel, sont appliqués en faveur des malades mentaux internés. L'étalon primaire le plus pertinent pour juger de l'authenticité de la reconnaissance de droits fondamentaux aux malades internés paraît la déclaration de droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, texte au fondement de la reconnaissance des libertés individuelles à tout individu. Il rassemble les principaux « *droits naturels, inaliénables et sacrés* »²⁷⁷² de l'être humain, des droits qui ne seront, dans l'ensemble, jamais dédités au cours des époques suivantes jusqu'à nos jours²⁷⁷³.

Le bilan du recensement de ceux maintenus au profit des malades internés reste maigre : en premier lieu, la liberté d'aller et venir est, par définition, ôtée au fou, du moins s'il s'agit de sortir de l'enceinte asilaire. Ainsi, avec la loi de 1838 et ses textes d'application, tout mouvement à l'extérieur est soumis à autorisation expresse du médecin, si ce n'est du préfet.

La liberté d'expression se concrétise principalement, pour la personne internée, dans son droit de communiquer, notamment avec l'extérieur, et d'avoir toute liberté dans les propos qu'elle tient. Or ce droit à communication est restreint au sein de l'Institution au nom du concept thérapeutique d'isolement hérité d'ESQUIROL, qui prétexte, on le rappelle, la nécessité médicale

²⁷⁶⁹ R. CASTEL, *L'Ordre psychiatrique, op. cit.*, 1976, p. 229

²⁷⁷⁰ *Idem*, p. 229

²⁷⁷¹ Th. GONGGRYP, *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental, op. cit.*, 2007, notamment p. 182.

²⁷⁷² Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789

²⁷⁷³ Un cas à part doit être fait de la résistance à l'oppression qui paraît difficilement compatible avec des régimes autoritaires et monarchiques tels que les deux Restaurations ou le Second Empire. De toute façon, ce droit que les Constituants de 1789 considèrent comme sacré paraît bien malvenu pour un individu qui doit se plier corps et âme à la discipline institutionnelle. Tout acte de résistance non seulement ne sera pas considéré comme l'exercice d'un droit mais sera généralement sanctionné. De toute évidence, la résistance à l'oppression n'est donc pas reconnue à l'aliéné interné.

de coupure complète avec l'environnement pathologique pour arroger au médecin un droit de *veto* sur le courrier envoyé. Le règlement de 1938 inscrit d'ailleurs explicitement, après un siècle de pratique, cette règle jusqu'alors officieuse mais de bon sens eu égard au concept de l'asile esquirolien²⁷⁷⁴. La loi de 1838 restait en effet silencieuse sur la liberté de communication, seuls les échanges avec les autorités administratives et judiciaires étant protégés par un droit absolu à cette liberté de correspondance par l'article 29 de la loi : ni contrôle ni rétention des correspondances avec ces autorités n'étaient alors autorisés de la part des médecins ou des directeurs, sous menace de sanctions pénales. Figurant comme une exception, « [...] *une interprétation a contrario rigoureuse de l'article 29* [...] »²⁷⁷⁵ amenait à reconnaître un droit seulement relatif à la correspondance, soumise au contrôle des médecins et à un tri préalable. Ce « [...] *droit de contrôle et d'interception* [...] »²⁷⁷⁶ était consacré par la jurisprudence²⁷⁷⁷, qui a posé cependant dans un second temps une nécessité de motivation de ces restrictions par « [...] *une raison médicale, soit dans l'intérêt de la paix publique ou du repos des familles* [...] »²⁷⁷⁸ et qui, face à des abus manifestes de ce pouvoir, a posé de manière claire des conditions à ces restrictions²⁷⁷⁹ : le pouvoir de contrôle du médecin, qui n'est pas contesté, ne doit se transformer en pouvoir de censure que lorsqu'« [...] *il résulte de leur contenu que l'intérêt même du malade ou celui des tiers commande cette interception, [comme] tel serait le cas, notamment, si [elles] étaient par elles-mêmes révélatrices de troubles mentaux de l'interné.* »²⁷⁸⁰. C'est, comme l'analyse Jacques PREVAULT, l'application de la théorie de l'abus de droit qui permet ici au juge de réguler ce pouvoir versant dans l'arbitraire et le totalitarisme²⁷⁸¹. Ce qu'exige le juge est une justification expresse, renvoyant aux intérêts précités, de ce geste de censure. Ainsi, faute de motif légitime, qui pouvait tenir « [...] *à la sauvegarde de l'intérêt du malade lui-même* » – malade qui pourrait agir lui-même à l'encontre de ses propres intérêts (ne serait-ce qu'en révélant sa présence dans une enceinte asilaire) – ou à la protection des intérêts de tiers, la rétention de courrier, entrant comme sortant, constituait une faute engageant la responsabilité civile du médecin. En outre, droit de contrôle et de rétention ne signifiait pas droit de destruction du courrier, qui devait être remis au tuteur ou au curateur, ou à l'interné au moment de sa sortie ou encore à ses héritiers en cas de décès.

Il est intéressant de relever que dans cet arrêt, la Cour de cassation tient à préciser que les lettres de l'interné à son avocat sont particulièrement visées par cette protection contre les excès de censure, alors même que ce personnage tiers à l'internement et éventuel adjuvant du patient en cas d'internement arbitraire, donc dont la possibilité d'intervention serait une garantie supplémentaire, est totalement absent de la loi de 1838 et des règlements de 1857 et de 1938.

Plus officieusement, la restriction joue par auto-protection de l'institution elle-même : en effet, il ne s'agit pas qu'un malade dénigre l'établissement où il est reçu, et la manière dont il est traité, dans des propos adressés à un destinataire externe à l'institution psychiatrique peu au fait des traitements et pratiques de soins psychiatriques ; surtout que ce malade n'a pas forcément toute sa raison, ce qui peut éventuellement corrompre ses propos et son appréciation de la réalité. Il en va de même pour les visites, soumises là encore à permission médicale et opérées, comme on l'a précédemment évoqué, sous la surveillance d'infirmiers²⁷⁸².

Restent la sûreté et la liberté religieuse qui paraissent les mieux garanties officiellement en

²⁷⁷⁴ Article 85 du Règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques du 5 février 1938

²⁷⁷⁵ Citation de A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme de la personne malade mentale hospitalisée*, op. cit., 2002, vol. II, p. 45. Cf. les conclusions de l'avocat général REVERCHON sur l'affaire SIMILIEN (*Dalloz Périodique*, 1876, partie I, p. 69)

²⁷⁷⁶ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme de la personne malade mentale hospitalisée*, op. cit., 2002, vol. II, p. 46

²⁷⁷⁷ Cass, req., 27/12/1875, « *Sieur SIMILIEN c/ MESNET et MOTTET* », *Dalloz Périodique*, 1876, partie I, pp. 66-70

²⁷⁷⁸ Arrêt Cour de Grenoble, 13/3/1931, « *Sieur ORCEL* », *Gazette du Palais* 1931, II, p. 778

²⁷⁷⁹ Arrêt Cass. civ., 6/5/1936, « *Sieur ORCEL* », *Dalloz périodique* 1936, I, pp. 100-101, note J. APPLETON

²⁷⁸⁰ *Idem*, pp. 100-101

²⁷⁸¹ J. PREVAULT, *L'internement administratif des aliénés*, Paris, op. cit., 1955, p. 197

²⁷⁸² Article 167 et 168 de l'arrêté du 20 mars 1857 « portant modèle de règlement du service intérieur des asiles d'aliénés »

faveur du fou. Pour le premier point, la loi de 1838 mobilise la majorité de ses articles sur la question de la sûreté dans la mesure où elle organise des privations de liberté légales. Il est impossible, si l'on suit la logique du législateur, de risquer un placement arbitraire : les conditions pour obtenir l'internement sont strictes et la garantie du droit au juge judiciaire verrouille la fiabilité du processus²⁷⁸³. Dans une acception plus matérielle du terme, l'Ordonnance du 18 décembre 1839 précise, dans ses articles 22 et surtout 23, la nécessité d'assurer la sécurité et la sûreté des personnes internées, cela passant par l'architecture des lieux d'enfermement autant que par la gestion d'un personnel attentif voire perspicace. La nécessité d'assurer la sécurité au sein de l'établissement est également rendue effective par l'article 103 de l'arrêté du 20 mars 1857 « portant modèle de règlement du service intérieur des asiles d'aliénés » qui décline les différentes missions du surveillant ou de la surveillante en chef parmi lesquelles figurent toutes les fonctions de maintien de l'ordre et de la discipline, de contrôle de la prise des médicaments et des visites. La prégnance de ces missions cumulée à l'article 104 sur les rondes de nuit laisse entendre une présence constante de personnel auprès des malades, garantissant ainsi le climat institutionnel au maximum de toute violence auto ou hétéro-agressive. En outre, l'article 179 de l'arrêté interdit toute pénétration étrangère dans l'établissement sans autorisation du directeur ou accompagnement du médecin, tandis que l'article 181 proscriit « *toute introduction de [...] boissons spiritueuses, d'instruments tranchants ou piquants, de livres, de journaux et généralement d'objets susceptibles d'un emploi dangereux ou nuisibles dans un établissement d'aliénés [...]* ».

Quant à la liberté religieuse et de culte, en second point, elle est garantie par la section XVI de la circulaire du 20 mars 1857. Les moyens sont mis en place afin de permettre un exercice effectif de cette liberté dans chaque établissement. Il faut noter une prépondérance évidente du culte catholique, qui se voit attribuer d'office dans chaque établissement un aumônier et une chapelle, cette dernière lui étant exclusivement réservée²⁷⁸⁴. Ceci dit, la tolérance religieuse ne pouvant être reniée, les ministres des autres cultes ont droit d'entrer dans les établissements et une salle, commune à tous ces autres cultes, leur est attribuée le cas échéant²⁷⁸⁵. Cette liberté religieuse demeure tout de même sujette à caution de la part du médecin de l'établissement, toute assistance aux offices comme toute rencontre par l'aumônier d'un patient devant être préalablement autorisée par lui²⁷⁸⁶. Le règlement de 1938 montre néanmoins des égards à l'endroit de la laïcité désormais exigée dans les administrations et des pouvoirs publics en France : il s'agit, pour l'aumônier, de n'intervenir que « [...] *sur la demande du malade ou de sa famille* »²⁷⁸⁷.

Se rajoutent à ces droits fondamentaux et imprescriptibles des droits propres au citoyen – au sens d'individu appartenant à une société politique donnée – plus qu'à l'individu : le droit de propriété, notamment, est un apanage du citoyen dès lors qu'il en a les moyens. Or, comme on l'a observé, la loi du 30 juin 1838 organise, dans ses articles 31 et suivants, la perte provisoire du droit d'administration de ses biens par le malade. Certes, il ne s'agit que d'une disposition temporaire, mais qui coïncide juste avec le temps d'internement, comme si le temps de l'enfermement pour folie était une parenthèse dans la vie citoyenne de l'individu, parenthèse durant laquelle l'exercice de ses droits de citoyen civil est suspendu.

Il semble cependant intéressant, pour poser un diagnostic évolutif de la situation de l'aliéné en fonction d'une société elle-même changeante, de ne pas s'arrêter à cette énumération des premiers droits et libertés individuels comme marqueurs potentiels de la citoyenneté. Et contrairement au statut du citoyen, celui du fou ne semble pas avoir évolué au diapason des changements de constitutions. Certes, des modifications ont eu lieu dans les traitements, par

²⁷⁸³ Il est indéniable, en effet, que de lourds progrès ont été réalisés, par l'existence même de cette loi, quant à la sûreté du placement. Ce discours ne doit pas paraître contradictoire avec notre approche, à l'occasion plus critique car plus affinée, des modes d'internement, telle que nous la proposons dans le premier chapitre de ce titre

²⁷⁸⁴ Circulaire du 20 mars 1857 « portant envoi d'un règlement du service intérieur des asiles d'aliénés », commentaire des articles 108 et 109 de l'arrêté portant le règlement

²⁷⁸⁵ Circulaire du 20 mars 1857 préc., commentaire de l'article 108 de l'arrêté portant le règlement ; Article 132 du Règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques du 5 février 1938

²⁷⁸⁶ Articles 111 et 112 de l'arrêté du 20 mars 1857 et leur commentaire dans la circulaire du 20 mars 1857

²⁷⁸⁷ Article 134 du Règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques du 5 février 1938

exemple, avec un accent mis sur l'instruction par LEURET au début des années 1840. Mais peut-on réellement mettre ce progrès, sans doute très localisé, au crédit du droit à l'instruction qui émergera seulement dans la Constitution de la IIe République, en 1848²⁷⁸⁸?

Il en va de même pour le droit d'assistance aux nécessiteux, proclamé par le même VIII du Préambule de la Constitution de 1848 : du côté des asiles, c'est dès la loi de 1838 que cette assistance est exprimée envers les aliénés indigents. Et rappel à l'ordre pour la mise en oeuvre effective de cette mesure est fait dès une circulaire du ministre de l'Intérieur du 14 août 1840²⁷⁸⁹.

L'interdiction de l'esclavage s'avère également de peu d'intérêt pour des établissements qui ont, dès PINEL, tenu à rémunérer, même par un faible pécule, le travail fourni par les aliénés. Le travail étant devenu une institution, son organisation et le mode de calcul des rémunérations doit par la suite être fixé par le règlement intérieur, dont le modèle directeur est délivré par le ministre de l'intérieur en 1857. Une ultime précaution, enfin, de ce règlement vise à bannir définitivement toute pensée d'esclavage dans le travail institué à l'asile : son article 152 précise expressément qu'« *il est interdit d'occuper habituellement les aliénés à aucun des travaux qui consistent exclusivement dans l'emploi de la force musculaire et qui sont à l'usage des animaux, tels que mise en mouvement de pompes, roues, manèges, etc., et de louer leurs bras à des tiers pour des travaux quelconques* »²⁷⁹⁰.

Enfin, la IIIe République a été le berceau de la loi du 1er juillet 1901 instaurant le principe de la liberté d'association, une liberté d'ailleurs énoncée déjà dans la Constitution de 1848²⁷⁹¹. Cependant, ce principe n'a sans doute pas beaucoup de sens pour un aliéné interné. Même si, dans la théorie, cette liberté ne lui est pas ôtée, elle paraît difficile à mettre en place spontanément de la part de malades au sein d'une entité autoritaire qui tient à garder la maîtrise de toutes les relations entre les individus. Dans tous les cas, comme pour les autres, autorisation devra vraisemblablement être donnée par le médecin de l'établissement... à moins qu'il ne soit lui-même à l'origine du projet.

Quelques autres droits ou libertés viennent compléter la liste des apanages de tout citoyen selon les époques. La liberté d'entreprendre notamment, issue du décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, apparaît peu compatible avec le statut de malade mental interné et est donc évacuée de notre étude. Il en va de même pour le droit de manifester, reconnu ponctuellement au fil des époques, mais en particulier par la Constitution de la IIe République. Ces deux droit et liberté sont trop consubstantiellement en phase avec la vie de la cité pour être reportés sur le statut d'un individu justement rejeté hors de cette société. Ils n'ont plus de sens au sein d'une entité autonome et déconnectée de la vie économique, du moins en ce qui concerne ses pensionnaires, comme l'est l'institution psychiatrique.

Le bilan des droits fondamentaux réellement reconnus au malade mental interné confirme donc la précarité de la situation de ces individus livrés à la toute-puissance de l'institution psychiatrique. Tous leurs droits individuels sont au minimum écornés, généralement foncièrement amputés voire niés. Sans doute doit-on y lire un moyen pour l'institution de s'assurer plus profondément son emprise sur ces individus, qui perdent toute légitimité de revendication ou de contestation en se voyant priver de ce qui aurait pu leur servir d'assise juridique à ces réclamations. Il y perdent par la même occasion leur individualité. On glisse ainsi dangereusement vers l'une des ultimes questions : sont-ils encore considérés comme des sujets, notamment de droit ? N'assiste-t-on pas à une réification larvée de la personne ? Cette question, laissée temporairement en suspens, nous incite à nous tourner vers la seconde population de référence analysée ici, les prisonniers, afin d'étudier si des conclusions semblables peuvent être tirées de leur condition.

²⁷⁸⁸ Article 13 du chapitre II de la Constitution du 4 novembre 1848

²⁷⁸⁹ Circulaire du 14 août 1840 « relative au placement des aliénés non-dangereux »

²⁷⁹⁰ Article 152 de l'arrêté du 20 mars 1857 « portant modèle de règlement du service intérieur des asiles d'aliénés » et leur commentaire dans la circulaire du 20 mars 1857, *Législation sur les aliénés et des enfants assistés, op. cit.*, p. 220

²⁷⁹¹ Article 8 du Chapitre II de la Constitution du 4 novembre 1848

II. LE CONDAMNÉ : DÉCHÉANCE DES DROITS POLITIQUES, SUSPENSION *DE FACTO* DES DROITS FONDAMENTAUX

Selon Jean-Yves VINCENT, le condamné n'est pas privé de ses droits de citoyen, il en est déchu car il s'est montré indigne de la confiance nationale. Cette déchéance est le châtement pour la faute commise, pour avoir violé la Loi que la société s'est définie, alors même qu'on appartenait à part entière à cette société²⁷⁹². Peut-être pourrait-on aller jusqu'à évoquer une forme de trahison, de la part de ces « *mauvais citoyens* »²⁷⁹³, ainsi punie. En tout cas, il s'agit pour Monsieur VINCENT d'une « *absence d'implication sociale* »²⁷⁹⁴, qui nous semble, pour poursuivre sa pensée, interprétée comme criminelle si l'on en croit ses conséquences. Automatique dès lors qu'il y a condamnation, cette peine accessoire de plein droit n'a pas besoin d'être prononcée par le juge lors du verdict pour s'appliquer. En outre, et contrairement à un certain nombre de peines d'enfermement notamment, elle est illimitée dans le temps, se perpétuant éventuellement au-delà de la peine principale, tant qu'elle n'est pas révoquée par une mesure d'amnistie, de relèvement ou de réhabilitation.

Mais il faut bien noter alors que, contrairement à ce qui avait été souhaité par la Constitution de 1791²⁷⁹⁵, c'est la décision de condamnation qui emporte cette déchéance, et non la condition de prisonnier ni la décision de privation de liberté en tant que telle : le prévenu reste un citoyen en puissance. La question de l'effectivité de ses droits politiques, de la mise à disposition des moyens pour qu'il les exerce est un autre problème. Le fait est que le principe de présomption d'innocence doit garder toute sa vigueur dans un Etat de Droit digne de cette appellation, et que depuis la Constitution de 1793, le prévenu ou le mis en examen placés en détention provisoire ne sont pas privés de leur droit de vote. Par contre, dès la loi du 2 février 1852, les infractions entraînant exclusion des listes électorales sont nombreuses et englobent des fautes relevant du correctionnel bien légères par rapport à la gravité de la sanction d'incapacité électorale. Certes, là encore, tous les condamnés à une peine de prison ne sont donc pas dépouillés de leur droit de suffrage, mais le plancher de la peine qui déclenche la déchéance est très bas²⁷⁹⁶.

Ceci dit, la privation du droit de vote et d'éligibilité comme sanction est à relativiser par rapport à l'époque à laquelle on se place. Avant 1848, un certain nombre de condamnés, à commencer par les femmes, ne perdaient en réalité rien, pour la simple raison que ce droit ne leur était pas reconnu dans le cadre sociétal commun : c'est en effet le décret du 5 mars 1848, proclamant le droit de suffrage pour tous les hommes âgés de plus de 21 ans²⁷⁹⁷, qui met fin à l'exclusion des domestiques, des indigents et, dans une moindre mesure, des vagabonds et des

²⁷⁹² En effet, comme le précise J.-Y. VINCENT, ce sont des « *mauvais citoyens* » témoignant par leur acte de la « *volonté corrompue* » épinglée par CONDORCET, et ces termes de « *mauvais citoyen* » « *se contrari[ant]*, [ces individus] *restent des mauvais et cessent d'être citoyens* ». (J.-Y. VINCENT, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, pp. 106 et 109).

²⁷⁹³ J.-Y. VINCENT, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, p. 109

²⁷⁹⁴ *Idem*, p. 109

²⁷⁹⁵ Dans l'article 5 de la deuxième section de son titre III, cette dernière indique : « *Sont exclus de l'exercice des droits de citoyen actif : - ceux qui sont en état d'accusation [...]* ».

²⁷⁹⁶ Depuis cette loi du 2 février 1852, le Code électoral interdit l'inscription sur les listes électorales, certes des individus en état de contumace et de ceux condamnés pour crime, mais également

- de ceux condamnés, pour vol, escroquerie, abus de confiance, faux témoignage, faux en écriture, corruption, trafic d'influence, attentat aux mœurs etc., à une peine de prison ferme ou avec sursis d'une durée supérieure à un mois,

- de ceux condamnés, pour un délit différent de ceux énumérés précédemment, à une peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à trois mois ou à une peine de prison avec sursis d'une durée supérieure à six mois,

- des individus condamnés pour des délits électoraux

²⁷⁹⁷ Certains parlent de suffrage universel masculin, ce qui nous paraît à la fois antinomique eu égard à la définition stricte du terme universel et abusif, vu que ce droit de suffrage restait soumis à quelques conditions, telles que l'âge.

mendiants, du droit de vote²⁷⁹⁸. Jusque là, avec l'instauration du suffrage censitaire dès 1791, toutes ces catégories, les plus pauvres et généralement peu instruites, restaient certes des citoyens, mais « passifs », car considérés comme n'ayant pas assez le sens des responsabilités et trop peu autonomes, voire carrément influençables et non-indépendants sur le plan des idées. CONDORCET parle d'absence de « *volonté propre* »²⁷⁹⁹. Or, il va sans dire que la majorité des détenus appartenaient à ces catégories inférieures de la société, considérées comme indignes et incapables de donner une opinion politique sensée. Par contre, au point de vue idéologique, comme le souligne J.-Y. VINCENT, ces condamnés atteignaient « *le summum de l'indignité [,] l'immoralité redoubl[ant] l'incapacité* »²⁸⁰⁰.

Du côté du citoyen, en tant que membre de la société civile, le détenu paraît conserver ses droits : aucune mise sous tutelle ou confiscation de ses biens n'accompagne automatiquement la condamnation à la prison. L'existence, jusqu'à la loi du 31 mai 1854 qui l'abolit, de la mort civile pour les seuls condamnés aux travaux forcés à perpétuité, les déportés et les condamnés à mort par contumace ou en instance d'exécution²⁸⁰¹, permet de déduire, *a contrario*, le maintien de la personnalité juridique et d'une existence civile au prisonnier²⁸⁰². S'il n'est plus un membre de la communauté politique, il reste admis dans le cercle des individus composant la société civile et il garde ses droits dans ce cadre. En conséquence, les droits énumérés dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 comme tous ceux reconnus au citoyen en tant que qu'être civil devraient être respectés à son égard. Aucun statut du détenu n'est cependant établi entre 1830 et 1945 et les seuls textes s'en rapprochant, tels que les modèles de règlements d'établissements, n'évoquent que des devoirs²⁸⁰³ pour le détenu. Certes, quelques mesures lui semblent favorables, comme la possibilité de recevoir des visites ou d'envoyer du courrier. Pourtant, on n'en trouve pas trace, du moins sous un aspect positif, dans les textes encadrant la vie institutionnelle pénitentiaire. L'évocation de ces droits, qu'on doit plus sûrement considérer comme des tolérances soumises à l'arbitraire administratif, est toujours négative, visant à préciser les cas de restrictions ou d'interdictions possibles, les cas d'usages abusifs à sanctionner etc.²⁸⁰⁴

De même, l'enseignement éventuellement dispensé aux détenus est davantage une possibilité qui leur est offerte, voire une incitation durant les périodes plus humanistes et confiantes dans une rédemption possible, que la reconnaissance d'un réel droit à l'instruction. La circulaire du 24 avril 1840 sur l'instruction primaire est on ne peut plus explicite à cet égard. Le ministre qualifie l'accès à l'enseignement élémentaire de récompense, à dispenser en premier lieu aux détenus adultes « *d'un âge peu avancé qui se conduisent d'une manière satisfaisante et témoignent le désir de s'instruire* ». Par contre, « *il faut le refuser aux condamnés qui, par leurs moeurs entièrement dépravées ou par leur dispositions perverses, se rendent indignes de toute bienveillance.* » Et le ministre de conclure : « *Il faut, en un mot, que l'instruction primaire, dans les maisons centrales,*

²⁷⁹⁸ Pas de droit de vote et encore moins de droit d'être éligible bien entendu, conditionné par des conditions encore plus draconiennes que l'expression du suffrage : il ne s'agit pas de confier la représentation du pays à des ignorants ou des individus n'ayant pas, de manière vraiment sûre, toute capacité à réfléchir et à prendre la dimension de la chose publique. Ainsi, notamment, les domestiques n'accéderont au droit d'éligibilité qu'avec une loi du 8 janvier 1930, les indigents connaissent des restrictions dans leur droit de briguer des fonctions municipales (loi du 5 avril 1884).

²⁷⁹⁹ CONDORCET, *Essai sur la Constitution et les fonctions des assemblées provinciales*, 1788 cité par J.-Y. VINCENT, dans « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, p. 106

²⁸⁰⁰ J.-Y. VINCENT, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, p. 109

²⁸⁰¹ Cette mesure de mort civile a été abolie dès le 8 juin 1850 pour les condamnés politiques à la déportation

²⁸⁰² La mort civile entraînait la perte de sa personnalité juridique par la personne qui en était frappée. N'existant donc plus pour le droit, son mariage était dissous le cas échéant, sa succession ouverte et il perdait tous ses droits civils et politiques. Impossible, désormais, pour lui, de se marier, de reconnaître des enfants, d'être tuteur, de plaider devant un tribunal, de recevoir des libéralités ou une succession ou tout autre acte du même type. Lui restait tout de même, le cas échéant, le droit de passer des contrats à titre onéreux, ce qui lui permettait notamment de travailler, mais aussi d'acheter et de vendre, de prêter ou d'emprunter de l'argent.

²⁸⁰³ Le terme est ici employé dans son sens courant d'obligation.

²⁸⁰⁴ Cf par exemple la Circulaire du ministre de l'Intérieur du 1er septembre 1836 sur la correspondance des condamnés des maisons centrales ou les articles 17 (correspondance) et 92 et 106 (visites) du règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841 ou encore la Circulaire du ministre de l'Intérieur du 28 octobre 1875 sur la correspondance des prévenus et des accusés

soit le prix de la bonne conduite et de l'assiduité au travail. »²⁸⁰⁵. On voit par là que l'entrée de l'enseignement en prison n'a rien à voir avec une reconnaissance d'un droit à l'instruction généralisé qui apparaît postérieurement à l'organisation de l'école en prison et n'est pas source de changement.

Quant au droit à la sûreté tel que défini par l'article 8 de la Déclaration de 1789, il est du ressort du juge pénal ; l'institution pénitentiaire ne peut que garantir, à ce niveau, de ne pas retenir d'individu sans ordre juridictionnel exprès et de relâcher toute personne immédiatement à la fin de sa peine. Par contre, pris sous son acception de « sécurité matérielle », le droit à la sûreté concerne plus directement l'institution carcérale. Sur ce plan, le dépouillement des textes officiels est plus inquiétant : nulle part n'est fait mention explicitement d'un droit à la sûreté ou de la mise en place des conditions évidentes pour y parvenir. Certes, des règlements tel que le « Règlement Général pour les prisons départementales » de 1841 organisent une discipline stricte au sein des établissements ; il est vraisemblable que toute manifestation de violence, en tout cas en provenance des détenus, soit considérée comme un danger pour le fonctionnement de l'institution et soit, dès lors, puni. Mais aucune disposition précise et ferme ne figure dans le texte, et notamment concernant les violences émanant des gardiens. La précarité de la sûreté des détenus est notoire au XIXe et au XXe siècles, cette réputation n'est pas démentie par la législation officielle.

Reste la liberté religieuse, qui semble préservée voire encouragée à des périodes où l'on croit en la force morale et d'incitation à la rédemption de la religion. Une distinction de traitement est d'ailleurs opérée entre les prévenus et accusés d'une part, et les condamnés, de l'autre, dans l'exercice de cette liberté : si les premiers sont libres de refuser tout contact avec la religion, les seconds doivent nécessairement assister au culte de leur confession et le ministre de la religion qu'ils auront déclarée à leur entrée doit pouvoir les visiter sans que ces prisonniers ne puissent s'y opposer. La présence d'un aumônier au sein de l'univers carcéral reste prégnante durant tout le XIXe et le début du XXe siècle, le « Règlement Général » du 30 octobre 1841 imposant qu'il en soit rattaché un de confession catholique à chaque établissement²⁸⁰⁶. Cette valeur morale attribuée à la religion transparait également de manière limpide dans la circulaire « sur l'instruction primaire » d'avril 1840 : la moitié du temps de classe doit être consacrée à « l'instruction morale » entièrement appuyée sur la religion, et à laquelle l'aumônier doit participer autant que possible^{2807 2808}. De même, la bibliothèque de l'établissement doit être pourvue en livres religieux et de piété. Il apparaît, là encore, de toute évidence, que le culte catholique garde la prépondérance sur les autres cultes, déclarés dissidents. Ceci dit, tolérance religieuse oblige encore une fois, la visite de ministres du culte de toutes les religions nécessaires selon les établissements est mise en place par le « Règlement Général des prisons départementales » de 1841²⁸⁰⁹ et affinée par la circulaire du 28 mai 1844 « sur les détenus appartenant au culte protestant ou au culte israélite dans les prisons départementales ».

Concernant l'interdiction de l'esclavage, le même propos que celui pour les aliénés internés peut être repris : certes, en prison, le travail est obligatoire, mais depuis son instauration, un pécule, même minime, est versé au prisonnier. Par contre, il est vrai que le rapport entre la somme reçue et la difficulté du labeur, surtout à partir du tournant répressif de 1839 et sous la coupe des entrepreneurs généraux, semble assez déséquilibré.

Comme au sein de l'asile psychiatrique, plusieurs droits et libertés paraissent, quant à eux, fondamentalement incompatibles avec la condition de détenu : en premier lieu, la liberté d'aller et venir, même à l'intérieur de l'institution carcérale, n'est pas envisagée. Quant au droit à la résistance à l'oppression ou son affiliée éloignée, la liberté de manifester de la Constitution de

²⁸⁰⁵ Circulaire du 24 avril 1840 du ministre de l'Intérieur sur l'Instruction primaire, *Code des prisons*, Tome I, p. 270

²⁸⁰⁶ Article 49 du Règlement Général du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 347

²⁸⁰⁷ *Idem*, p. 271

²⁸⁰⁸ L'assistance à l'office religieux est également édictée au titre d'obligation pour tous les Cultes, autant que cela respecte les préceptes de chacune de ces doctrines, par le Règlement Général des prisons départementales de 1841 (Cf. Règlement général pour les prisons départementales du 30 octobre 1841, article 117 (*Code des prisons*, Tome I p. 357) et son interprétation par le ministre de l'Intérieur dans sa circulaire du 28 mai 1844 sur les détenus appartenant au culte protestant ou au culte israélite, dans les prisons départementales, *Code des prisons*, Tome I, p. 462.)

²⁸⁰⁹ Articles 54 et 119 du Règlement Général du 30 octobre 1841, *Code des prisons*, Tome I, p. 347 et p. 357

1848, leur reconnaissance serait une condamnation à mort de l'institution. L'évocation de la liberté d'entreprendre, enfin, n'a pas de pertinence ici.

Au final, la condition du prisonnier paraît encore plus affligeante, au plan des droits fondamentaux, que celle des aliénés internés. Derrière l'alibi de la folie, on prive certes l'individu de ses droits, mais dans l'optique affichée de le guérir. Un certain soin de la personne semble transparaître, malgré tout, des textes, à commencer par une volonté de la protéger. Quelle que soit l'hypocrisie des discours préparatoires sur le sujet, la fausseté du discours sur le rôle volontairement bienfaiteur de l'asile psychiatrique, et la difficulté d'application des textes, il n'en demeure pas moins que la loi de 1838 visait à offrir un lieu de vie et de prise en charge à des individus incapables d'autonomie et généralement indigents. Une ébauche de statut de l'aliéné peut s'entrevoir, quelques droits semblent implicitement se dessiner, même si leur soumission sans exception à l'approbation du médecin leur ôte une part de leur essence²⁸¹⁰. *A contrario*, quel que soit le discours pénitentiaire, éventuellement teinté d'humanisme optimiste et de bienveillance paternaliste, le prisonnier n'est doté que d'obligations, pas un droit ne lui est officiellement reconnu en tant que détenu et près de tous ceux qu'il aurait pu revendiquer au titre d'Homme lui sont refusés. Même la sécurité, pierre angulaire pour l'équilibre mental de l'individu, ne lui est pas garantie. Par contre, il conserve ses droits civils.

Ainsi semble aller la société du XIXe et du début XXe : à celui auquel elle dénie tout droit civil, elle maintient tout de même son humanité, voire lui rend, en l'assistant. Par contre, si elle ne lui renie pas ses droits fondamentaux, elle ne lui reconnaît qu'à travers le filtre de l'autorité médicale, qui en définit l'exercice possible et ses conditions. Ces droits y perdent donc ce qui fait leur particularité. L'institution psychiatrique s'avère ainsi la figure même du paternalisme, mais du paternalisme castrateur voire dévoreur de ses propres enfants, qu'elle enferme et à qui elle désapprend le monde et la société en les formatant à son propre milieu. Peut-on dès lors réellement parler encore de citoyen pour l'aliéné interné ? Il perd, même temporairement, ses droits de membre actif dans la cité, au plan politique comme civil. Quant à ce qui reste des droits fondamentaux, il nous semble définitivement plus raisonnable de les mettre en lien avec la qualité d'Homme qu'avec celle de citoyen, bon nombre renvoyant à l'essence humaine même...mais sans plus.

Quant à celui auquel elle conserve ses droits civils, si on peut, peut-être, aller jusqu'à affirmer que son humanité lui est reniée, on peut, cette fois de manière pleinement affirmative, parler de réification voire d'instrumentalisation de la personne. Voilà un individu qu'on utilise par le travail, qui n'a pas moyen de contester les ordres et peut difficilement se plaindre d'actes dont il serait victime, mais sur lequel on plaque des droits amputés, redigérés par l'administration pénitentiaire et le gouvernement ; en réalité, autant de simples tolérances ou facultés qui demeurent sous la coupe d'un pouvoir administrativo-institutionnel arbitraire car sans contrôle. Et surtout, des facultés dont le prisonnier n'a finalement plus vraiment la maîtrise : il est libre de choisir sa religion mais il doit la pratiquer, il peut accéder à l'instruction, mais de plus en plus il sera implicitement tenu de le faire s'il souhaite faire bonne impression et obtenir une sortie plus rapide. Les doctrines pénitentiaires et les gouvernements semblent oublier la personne pour jouer avec des pantins

²⁸¹⁰ On peut réfléchir à un parallèle entre cette attitude très paternaliste envers l'aliéné et la philosophie sous-tendant, de manière plus générale, le suffrage restreint, et en particulier le suffrage censitaire. Ce dernier, sélectionnant les individus capables de s'occuper des affaires publiques au titre d'électeur ou d'élu, s'appuyait sur une appréhension de la faculté de voter non comme un droit mais comme un rôle. Or, l'aptitude à la participation aux affaires publiques n'est pas considérée comme évidente, elle nécessite de la part du candidat des preuves de sa capacité à l'exercer. L'époque considérait que l'acquiescement d'un impôt correspondant à un certain nombre de jours de travail, - mais dont le montant a pu s'élever à des niveaux réservant le pouvoir aux couches supérieures de la bourgeoisie et de la Noblesse -, impliquait nécessairement une éducation minimale et un sens des affaires donc de la « chose publique ». La philosophie du suffrage restreint peut apparaître comme encore plus probante dans des systèmes, tels que ceux pratiqués dans certains Etats des Etats-Unis, où il était subordonné, non à une capacité financière mais à la réussite d'épreuves de lecture, d'écriture et de commentaire de la Constitution. Dans le cas des aliénés ici exposés, et toutes proportions gardées, c'est l'aptitude de l'individu à s'auto-gérer qui est évaluée, mais l'exercice de ses droits subit un filtre capacitaire comparable à celui existant dans le cadre du suffrage restreint.

totalement soumis à l'institution en collant des discours sur des individualités.

En conséquence, doit-on considérer que le prisonnier reste un citoyen, malgré cette disparition *quasi* intégrale de ses droits fondamentaux ou leur métamorphose réductrice ? La réponse est binaire à notre sens : si le prisonnier perd, vraisemblablement, sa dimension citoyenne face à l'institution elle-même dès lors qu'il entre dans l'institution, il garde son statut de citoyen civil au sein de la société.

Et la perte de ce statut de citoyen à l'entrée de l'institution totale, face à cette entité, qui se vérifie dans nos deux exemples, paraît parfaitement logique : quel sens aurait la notion de citoyenneté dans un tel milieu, où l'individu est dépossédé de tout pouvoir, dont la volonté est soigneusement embrigadée, qui n'est plus maître de sa vie ? Eventuellement, cela pourrait trouver un léger écho au sein de l'institution psychiatrique dans la mesure où elle cherche à recréer une micro-société interne ; mais créer une citoyenneté parallèle a peut-être paru aller au-delà des limites acceptables pour les pouvoirs publics, dans une entité en marge de la société. Ou bien la notion de citoyenneté s'est réellement avérée trop inaccessible à un public trop déraisonnable. Peut-être peut-on aller jusqu'à lire dans ce frein dans l'audace des aliénistes l'aveu implicite de l'échec de la mise en place de leur réplique de la société en modèle réduit. Quant à l'institution carcérale, le fait est que le souhait de créer une citoyenneté propre à l'institution pénitentiaire paraît cette fois proprement inacceptable, voire contraire à une institution dont le but n'est certainement pas de solidariser les individus entre eux. Le danger serait trop grand en premier lieu pour elle, en second lieu pour la société face à laquelle ils pourraient se liguer. L'institution carcérale travaille, au contraire, à la parcellisation des forces et à la rupture des débuts de solidarité.

Une dernière remarque peut définitivement convaincre de l'antinomie entre les statuts de détenus ou d'interné d'un côté et de citoyen de l'autre : si leurs droits ont plus à voir avec des tolérances ou des facultés qui leur sont éventuellement octroyées, on ne peut pas non plus employer le terme « devoirs » à leur égard. Cette notion renferme en effet, dans son acception la plus stricte, une dimension morale que l'on ne peut logiquement attendre d'infracteurs à la loi ou de fous. Au contraire, on n'hésite pas à parler de devoirs citoyens, à teneur politique ou civile, requérant des individus de se montrer responsables de la qualité de membre de la société. Contrainte ou pas à l'appui, c'est donc à la conscience de la personne qu'il est fait appel.

Au plan théorique, le changement d'époque signé par la Seconde guerre mondiale entraînant changement radical de regard porté sur l'individu et chute du paradigme de l'institution totale amène nécessairement à reconsidérer le statut de l'individu dans la société. Un double mouvement se dessine depuis lors. D'une part, les *parias* tels que fous et délinquants, volontiers délaissés par une opinion publique gênée, désintéressée voire inquiète à leur endroit, sont remis en lumière suite aux exactions nazies, dans le cadre de cette renaissance de la notion d'humanité. Accédant dans la théorie au statut d'Homme à l'égal de tout autre, dotés des mêmes droits et de la même dignité, ils vont gagner progressivement tous les cercles de citoyenneté dont dispose un individu dit « normal », sous quelques conditions, variables d'une citoyenneté à l'autre et propres à chacun de ces concepts, mais jamais rédhibitoires eu égard à ces deux catégories de populations. D'autre part, la citoyenneté devient une notion profondément gigogne, qui voit ses cercles, correspondants à de nouvelles acceptions du terme, se multiplier au gré de l'extension de la reconnaissance de l'individu dans les diverses institutions constituant la société, française notamment. Une fois les fous et les prisonniers ayant rattrapé la population générale dans leur reconnaissance, dans l'absolu, en tant que personnes dotées des mêmes droits que tout autre, ils s'engagent donc, aux côtés de ces autres « normaux » dans la marche vers une reconnaissance toujours augmentée de droits nouveaux.

SECTION II : LE CITOYEN RETROUVE. UNE DEFINITION DE LA CITOYENNETE MULTI-CONCENTRIQUE APPLIQUEE AUX DETENUS ET AUX PERSONNES ATTEINTES DE TROUBLES PSYCHIQUES

L'après-guerre ouvre une nouvelle époque en termes de droits fondamentaux et de définition de la citoyenneté, qui ne cesse d'évoluer jusqu'à l'heure actuelle. A la citoyenneté au sens civique du terme, concentré sur les droits politiques et ceux de la vie civile, vient se greffer une définition plus ample de la citoyenneté, assise sur la reconnaissance des droits fondamentaux (I). Et à cette première vision classique de la citoyenneté *largo sensu*, il faut aujourd'hui rajouter un troisième cercle, concernant les relations de l'individu à l'administration. Hospitalisés sous contrainte comme détenus bénéficient théoriquement pleinement de ces statuts à l'heure actuelle. Cette « citoyenneté administrative » signe l'existence plus solidement affirmée de la qualité d'usager de ces individus par rapport aux services qui les prennent en charge, et qui impose à ces administrations tout un *corpus* de droits, un statut de l'individu à respecter dans ses rapports avec elles (II).

I. LES « ENFERMES », DES CITOYENS A PART ENTIERE MAIS DES HOMMES AUX DROITS FONDAMENTAUX PLUS ALEATOIRES ?

Tout enfermés qu'ils sont, hospitalisés sous contrainte comme détenus demeurent, à notre époque, des citoyens à part entière. Ce statut leur est aujourd'hui reconnu de manière effective et officielle au plan civil comme politique (A). Mais ces citoyens se voient cependant davantage brimés dans leurs droits fondamentaux que les autres. Si ces restrictions peuvent, dans un certain nombre de cas, être justifiées par la situation singulière de ces deux populations, certains abus restent à dénoncer, appelant des évolutions supplémentaires de la part des deux institutions (B).

A · LA RECONNAISSANCE OFFICIELLE DE LA CITOYENNETE

Le retournement de paradigme a été intégral pour les deux populations : par principe, ni les personnes hospitalisées sous contrainte – et d'ailleurs, plus largement, les personnes atteintes de troubles psychiques – (1), ni les détenus ou même les condamnés (2) ne sont exclus de la citoyenneté civile ni politique.

§ 1. La reconnaissance de la citoyenneté des personnes atteintes de troubles psychiques : la dissociation entre mesure psychiatrique et privation des droits civiques ou politiques

Au plan de la citoyenneté des personnes atteintes de troubles mentaux, la révolution est consommée par rapport à la situation antérieure, au point qu'on peut parler de véritable changement de paradigme. En effet, la loi du 3 janvier 1968 réorganisant en profondeur le droit des incapables majeurs en matière civile²⁸¹¹ a cassé le lien de cause à effet entre placement -notamment sous contrainte- à l'hôpital psychiatrique, et perte de ses droits civils par le patient. Or, de son côté, le Code électoral s'appuie directement sur ces incapacités civiles pour limiter ses exclusions en matière de droits politiques : seule la mise sous tutelle justifie, au vu de l'article 5, la perte de capacité électorale, aux côtés des incapacités dites d'indignité, celles en lien avec une condamnation pénale. La mise sous curatelle, pour sa part, prive simplement la personne

²⁸¹¹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 « portant réforme du droit des incapables majeurs »

d'éligibilité²⁸¹².

Du point de vue de la citoyenneté civile, pour commencer, la rupture de ce lien de causalité entre hospitalisation psychiatrique et perte de cette citoyenneté a mis un terme aux assimilations réductrices entre folie, maladie invalidante et placement dans un service psychiatrique. Depuis cette loi du 3 janvier 1968, la personne atteinte de troubles mentaux est ramenée dans le cadre du droit commun des incapacités, son mal doit passer sous les fourches caudines de la décision judiciaire d'une mesure de protection pour être reconnu comme justifiant effectivement une telle mesure. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'être fou pour bénéficier d'une mesure de protection à la personne de ce type, l'altération mentale n'étant qu'une des causes justificatives potentielles, mais surtout l'atteinte par un trouble mental, et encore moins l'hospitalisation psychiatrique, n'entraînent pas *de facto* le prononcé d'une telle mesure. Ainsi, comme on a pu significativement l'énoncer, « [l]e médical ne doit pas tenir le civil en l'état et inversement. »²⁸¹³. La loi de 1968 a conforté l'application de ces principes, notamment *via* l'obligation posée par l'actuel article L. 3211-7 du Code de la santé publique, de conserver, dans la mesure du possible, son domicile, à la personne hospitalisée durant le temps de son séjour à l'hôpital, afin qu'elle puisse le retrouver à sa sortie.

Par contre, ce principe n'ostracise pas la médecine, ni même le psychiatre prenant la personne en charge dans le cadre de son hospitalisation, de toute décision concernant une éventuelle mise en place d'une mesure de protection à la personne. Au contraire, l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique lui ouvre la possibilité de jouer un rôle-clef, en tant qu'initiateur de la mesure : constatant qu'une personne qu'il traite dans le cadre d'une hospitalisation sous contrainte nécessiterait une telle protection, il doit en faire déclaration au procureur de la République du lieu de traitement, ce qui déclenchera immédiatement un placement sous sauvegarde de justice. Disposition logique, qui replace le médecin dans son rôle d'expert en science médicale, à même de repérer les altérations mentales ôtant à la personne sa capacité d'exprimer sa volonté ; une disposition qui, par son existence même, signifie l'absence d'automatisme entre le placement en hospitalisation sous contrainte et le prononcé d'une mesure de protection²⁸¹⁴, surtout que le médecin ne déclenche ainsi qu'une simple sauvegarde de justice, à charge ensuite aux détenteurs du pouvoir d'initier des mesures de protection plus lourdes de le faire, le cas échéant. Cela amène également à souligner que ni le trouble mental, ni même la maladie mentale durable, ne sont plus considérés comme nécessairement invalidants, aliénant définitivement la volonté de la personne qui en est atteinte. Le malade mental n'est plus stigmatisé par principe, mais du fait de la nature précise de son trouble, et même, de manière plus précise, du fait des conséquences engendrées ou susceptibles de l'être par son mal. La décision judiciaire s'appuie sur un constat médical *in concreto*²⁸¹⁵. Et, sans paradoxe malgré les apparences, la loi du 5 mars 2007 accentue encore cette approche, en prolongeant cette restriction dans les conditions de décision d'une mesure de protection à la personne par une extension des personnes potentiellement concernées. En effet, cette réforme législative importante apporte deux nouveautés par rapport à l'ancien article 490 du Code civil : le nouvel article 425 ne liste plus les trois grands types de causes psychiques ou neurologiques possibles mais renvoie simplement à « [...] une altération [...] de[s] facultés mentales [...] », laissant ainsi au corps médical une large marge d'appréciation de ce qu'il faut entendre derrière « altération » et « facultés mentales ». En conséquence, des troubles supplémentaires vont pouvoir être pris en compte. Et, seconde modification, ils vont pouvoir l'être de manière encore plus ouverte du fait de l'instauration, par ce nouveau régime de protection, du principe de la limitation dans le

²⁸¹² Cette non éligibilité n'est pas posée en principe général à l'encontre des personnes placées sous curatelle (anciennement « personnes pourvues d'un conseil judiciaire », comme cela figure encore dans certains articles du Code électoral) mais une mention figure, pour chaque type d'élection, dans les conditions d'éligibilité. Ainsi, l'article L. 130 du Code électoral la mentionne dans le cadre des élections législatives et présidentielles, l'article L. 200 pour les élections des conseillers généraux, l'article L. 230 pour les élections municipales, L. 296 pour les sénatoriales et L. 340 pour les régionales.

²⁸¹³ D. et S. MARTIN, « Parcours sanitaire du code civil », dans *Etudes de droit et d'économie de la santé. Travaux et recherches de la Faculté de droit de Rennes*, (1er vol.), 1981, p. 22, cité par Philippe DUBOIS dans Ph. DUBOIS et E. PAILLET, *Répertoire civil Dalloz*, 1994, p. 15, n°80

²⁸¹⁴ Par contre, dès lors que les conditions justifiant, dans le droit commun des tutelles et autres mesures de protection de la personne, une mesure de protection sont rassemblées, c'est une obligation qui est faite au médecin de faire la déclaration au procureur de la République déclenchant la sauvegarde de justice.

²⁸¹⁵ Cf. Alinéa 3 de l'ancien article 490 du Code civil et alinéa 1er du nouvel article 425, issu de la loi du 5 mars 2007.

temps de toutes les formes de mesures, qui deviennent toutes révisables à une échéance maximale de cinq ans²⁸¹⁶. Des troubles temporaires, parfois extrêmement handicapants, et pourtant presque banals dans les sociétés actuelles – en tout cas reconnus comme susceptibles de toucher des personnes sans passif psychiatrique – tels que la dépression ou encore des amnésies, figurent ainsi désormais aux côtés des pathologies mentales, de la sénilité, de la maladie d'Alzheimer ou des déficiences intellectuelles, et peuvent permettre cette protection, à géométrie variable dans sa durée autant que dans sa nature, puisque s'offre, au majeur à protéger et au juge, une panoplie renouvelée de mesures graduées, allant des mesures *a priori* lourdes comme la tutelle, jusqu'à des mesures *a posteriori* très ponctuelles comme l'action en nullité contre des actes juridiques, en passant par des mesures *a priori* dites légères telles que la sauvegarde de justice « ponctuelle ou temporaire »²⁸¹⁷. Cette loi permet, en conséquence, la suppression du curateur à la personne *ad hoc* prévu par l'article L. 3211-9 CSP. Non encore actée par le code de la santé publique, cette mesure d'harmonisation est prévue par le projet de loi du 5 mai 2010²⁸¹⁸.

Du point de vue des droits politiques, il faut une fois de plus bien dissocier le sort du malade hospitalisé en psychiatrie de celui de la personne placée sous mesure de protection. Par principe, la personne hospitalisée, y compris sous contrainte, conserve ses droits politiques, le droit de vote figurant même expressément parmi les droits reconnus inaliénables pour ces patients et listés à l'article 3211-3 du code de la santé publique. C'est donc à nouveau du fait d'une décision indépendante de celle d'hospitalisation que la personne pourra éventuellement être privée de ses droits politiques. Mais dans ce dernier cas encore, le mécanisme n'est plus automatique. Déjà, depuis la loi de 1968, il s'agissait de distinguer entre les différentes mesures de protection, seuls les cas de tutelle entraînant cette perte des droits de vote, auxquels se rajoutaient les personnes sous curatelle pour la perte du droit d'éligibilité. Si cette seconde incapacité demeure aujourd'hui, la première a, au contraire, fait l'objet de plusieurs réformes visant à ouvrir le plus possible le droit de vote aux personnes majeures même civilement incapables. Ainsi, le principe du civil tenant le politique en l'état s'efface de plus en plus, le juge des tutelles devant aujourd'hui, à l'issue de la loi du 5 mars 2007, statuer expressément, et ce à chaque renouvellement, sur « [...] *le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée.* »²⁸¹⁹. Il s'agit donc, désormais, de reléguer le systématisme pour adapter la restriction du droit de vote à chaque cas d'espèce, dimension temporelle incluse²⁸²⁰. Et on note bien que, par contre, cette suppression potentielle, même plus

²⁸¹⁶ Articles 441 à 443 du Code civil pour les mesures de tutelle et de curatelle. Reste cependant une exception possible à ce principe, posée par l'article 442, pour les personnes dont l'altération « [...] *n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science* », pour lesquelles le juge peut prononcer un renouvellement d'une durée supérieure à cinq ans, sans qu'aucune durée maximum ne soit précisée par la disposition légale.

Les mesures de sauvegarde de justice deviennent même caduques au bout d'un an et renouvelables une fois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 (nouvel article 439 du code civil). Ceci dit, concernant les mesures de sauvegarde de justice d'initiative médicale, cette durée se révèle un allongement par rapport au droit antérieur qui ne leur donnait une validité que pour une durée de deux mois, éventuellement prolongée d'une durée de six mois supplémentaires.

Quant aux mesures d'accompagnement judiciaire ou d'accompagnement social personnalisé, elles ne peuvent excéder deux ans, et peuvent être prolongées mais sans pouvoir excéder quatre ans (nouvel article 495-8 du code civil et alinéa 4 du nouvel article L. 271-5 du Code de l'action sociale et familiale)

²⁸¹⁷ Article 433 du Code civil : mesure à part entière depuis la loi du 5 mars 2007, elle permet d'offrir à la personne une protection juridique seulement temporaire : elle est généralement prononcée pour l'accomplissement de certains actes, bien déterminés. Une fois ces actes effectués, elle prend ainsi fin de droit. Le juge peut toujours en ordonner la mainlevée dès que la cause de son prononcé cesse et, en tout état de cause, elle ne peut excéder un an et n'est pas renouvelable.

²⁸¹⁸ Etude d'impact du projet de loi n° 2494, préc., pp. 19-20

²⁸¹⁹ Nouvelle rédaction de l'article L. 5 du Code électoral, issue de la loi du 5 mars 2007

²⁸²⁰ Cette évolution s'est effectuée en plusieurs étapes : jusqu'à la loi n°2005-102 du 11 février 2005, l'état du droit, issu d'une interprétation jurisprudentielle constante de l'article 5 du Code électoral, posait comme principe indérogeable que l'existence d'une tutelle entraînait systématiquement, et sans nuance, la perte du droit de suffrage. Ainsi, alors que le juge se voyait reconnaître par l'article 501 du Code civil la possibilité d'organiser des allègements dans le régime de la tutelle, cela ne lui ouvrait en aucun cas la possibilité de lever l'incapacité électorale. Cette dernière était liée indéfectiblement au recouvrement de sa capacité civile pleine et entière de la personne (cf. par exemple Cass. civ. 1ère, 9/11/1982, *Recueil Dalloz*, 1983, Jurisprudence, pp. 388 et s., note MASSIP, ou Cass. civ 1ère, 7/7/1983,

finement appréciée, reste cantonnée aux seules mesures de tutelle, les autres formes de protection conservant ce droit politique à la personne. Une lacune, cependant, doit être relevée, dans ces nouvelles dispositions légales : aucune allusion n'est faite aux critères sur lesquels doit s'appuyer le juge pour décider de maintien ou de la suppression de ces droits politiques, qui sont ainsi laissés à son entière discrétion.

Le changement de regard sur le fou, porteur d'un changement de paradigme consommé sur sa place dans la société, apparaît ainsi sans ambiguïté. L'indépendance entre la gravité des troubles, en termes de conséquences sur la vie civique et civile de ces personnes, et les modalités de traitement est enfin prise en compte, liée notamment à la reconnaissance des subtilités entre les différents maladies et troubles et de leurs effets. Une pierre supplémentaire dans la voie de la « *normalisation sociale* », pour reprendre l'expression de Jean-Yves VINCENT²⁸²¹, ouverte à la personne hospitalisée sous contrainte et aujourd'hui étendue à celle placée sous tutelle pour des causes psychiatriques.

§ 2. La citoyenneté des détenus, une déchéance seulement possible et temporaire

Une transformation aussi révolutionnaire a touché la citoyenneté reconnue aux condamnés, parmi lesquelles, plus spécifiquement, les personnes détenues. La situation en 1945 est restée identique, sur ce plan, à celle préexistante : les détenus étaient exclus du droit de vote, qu'ils soient prévenus ou condamnés. Exclusion non programmée par la loi dans une telle généralité, mais « suspension » de ce droit de vote, pour reprendre l'expression de Jean FAVARD imposée par les conditions matérielles du fonctionnement pénitentiaire²⁸²². En effet, dans la théorie, le décret du prince-président BONAPARTE du 2 février 1852, repris en substance à l'article L. 5 du Code électoral, n'excluait ni les prévenus ni un petit nombre de condamnés – dont les peines étaient certes de très courte durée, inférieure à des seuils extrêmement bas²⁸²³. L'exclusion effective se retrouvait ainsi en complète contradiction avec les textes fondateurs de l'Etat de droit français, à commencer par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et les principes essentiels qu'elle pose (présomption d'innocence et nécessité et proportionnalité de la peine), pour ces détenus détenteurs, dans la théorie, du droit de suffrage. Aberration de l'état de fait qui amenait à contredire le système où l'acte délictueux est principe générateur de la peine pour lui substituer le placement en détention comme cause de cette perte de droit. Une situation illégale résorbée par la loi du 31 décembre 1975 instituant la possibilité effective de voter par procuration pour les personnes détenues non frappées d'incapacité électorale²⁸²⁴. Suite à ce saut qualitatif dans la pratique, premier signe d'une considération renouvelée portée aux personnes incarcérées, une seconde manifestation, théorique cette fois, souligne la volonté de rétablir les personnes condamnées dans une dimension citoyenne.

Bull. civ., II, n°147, pp. 103 et s.). On peut l'interpréter comme la considération que la reconnaissance de la capacité électorale, droit suprême du citoyen, est une affaire suffisamment grave pour imposer une pleine conscience de son acte et donc, la preuve *a contrario*, par l'absence de toute mesure de tutelle, de l'existence ou du recouvrement, a priori, de cette conscience. Suivant Jean-Yves VINCENT, on peut également lire cette sévérité de la solution comme le contournement du risque de graves remises en cause du suffrage universel, au profit du suffrage capacitaire (cf. ses développements sur la question, dans « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté. op. cit.*, 1995, pp. 112-113). Dans tous les cas, cette position, assise sur une véritable fiction juridique, est révolue, remplacée par une analyse *in concreto* de la situation : la loi de 2005 pose en exception la possibilité, pour le juge des tutelles, de permettre une forme d'allègement de la tutelle sur le plan civique se manifestant par l'autorisation de voter. La loi du 5 mars 2007 a fait de cette exception un principe dans la mesure où c'est bien pour chaque prononcé et chaque renouvellement de tutelle que le juge doit statuer, de manière particulière, sur la capacité électorale de la personne.

²⁸²¹ J.-Y. VINCENT, « Citoyenneté et dignité : les exclus de la citoyenneté par décision de justice », tiré de G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté, op. cit.*, 1995, p. 112

²⁸²² J. FAVARD, « Le détenu citoyen », *RPDP*, 1989, p. 258

²⁸²³ Cf. nos développements au chapitre II, *supra* et l'article L. 5 du Code électoral, dans ses rédactions antérieures au 1er septembre 1993.

²⁸²⁴ La possibilité de vote par procuration pour les personnes placées en détention provisoire et les condamnés non frappés d'une incapacité électorale figurait cependant bien, antérieurement à 1975, à l'article L. 71, II, 9° du Code électoral. Depuis le 9 décembre 2003, il s'agit du c/ de ce même article L. 71, issu d'une nouvelle rédaction.

Le nouveau Code pénal réforme en profondeur le statut des condamnés à l'égard de la capacité électorale puisque d'une part, la déchéance des droits civiques devient une peine complémentaire, qui perd son caractère automatique, de plein droit²⁸²⁵. En conséquence, et en application du nouvel article 132-17 du Code pénal, elle ne peut être appliquée que dès lors qu'elle a été prononcée, ce qui implique *a priori* qu'elle sera donc réfléchie, appréciée par le tribunal dans sa pertinence eu égard au cas d'espèce jugé. En outre, elle est désormais forcément limitée dans sa durée, -ne pouvant excéder cinq ans en cas de délit, dix ans pour les crimes²⁸²⁶-, et peut faire l'objet d'un sursis. Les possibilités de relèvement, amnistie ou réhabilitation restent, pour leur part, des facultés d'obtenir une cessation de la peine toujours envisageables²⁸²⁷.

Du strict point de vue des personnes incarcérées, cette seconde démarche vient ainsi en complément de la première, atteignant la part de la population pénale non concernée jusqu'alors, du fait de ses infractions, par le recouvrement et l'exercice du droit de vote. Au plan symbolique, l'enjeu est sensiblement plus important puisqu'il s'agit de mettre en adéquation les principes humanistes de rachat potentiel du condamné, réintégration à terme dans la société et individualisation de la peine avec la reconnaissance des droits, sanctionnant définitivement et radicalement une telle approche de la peine et la croyance en l'Homme amendé.

Malgré ce changement d'attitude presque concomitant de la société envers chacune des deux populations d'enfermés étudiées ici, la convergence des analyses ne peut être prolongée au-delà de cette première remarque : l'évolution propre à chacune des deux institutions à l'égard de l'individu qu'elles prennent en charge prolonge l'attitude dissemblable qu'adopte la société envers chacun des deux types de population. A une prise en charge désormais la plus ponctuelle possible dans un cadre clos s'oppose une prise en charge totale, pour des durées ayant tendance, en moyenne, à s'allonger. Certes, les épiphénomènes dans l'un et l'autre cas, demeurent ; notamment, la prison accueille également des personnes condamnées à une courte peine ou en détention provisoire, dont le séjour ne dépassera pas un an, parfois quelques mois, tandis que l'on trouve toujours dans les services psychiatriques fermés des personnes y vivant depuis des dizaines d'années dont la situation sociale s'est enkystée et qui ne semblent plus avoir d'issue en-dehors de cet hébergement hospitalier au long cours. Cependant, sur un plan théorique, l'institution pénitentiaire doit continuer à se penser comme une institution pouvant enfermer pour de longues années et ayant à gérer l'ensemble de la vie du détenu sur ce long temps. Au contraire, nombre de questions touchant les droits du malade mental en tant que citoyen intégré civilement dans une société ne concernent plus l'institution psychiatrique, devenue un service public parmi d'autres, un soutien et même une structure de prise en charge parfois fortement présente dans la vie du patient mais qui ne régit plus toutes les facettes de sa vie. L'objectif est même, au contraire, de le laisser le plus possible autonome dans la direction de cette vie qui est la sienne. D'ailleurs, concernant proprement l'hospitalisation en psychiatrie, l'article L. 3211-5 du Code de la santé publique imprime formellement le caractère de parenthèse sans conséquence sur le statut de citoyen du patient²⁸²⁸, redondance évidente étant donné la position précédemment exposée d'indépendance entre la qualité de citoyen et les modalités de soins reconnue par la société française actuelle. La reconnaissance des droits fondamentaux au sein de chacune des deux institutions se ressent de cette situation différenciée.

²⁸²⁵ Dès lors, l'article L. 5 du code électoral est amputé de ses alinéas concernant les personnes condamnées et ce point de droit est régi par l'article L. 6.

²⁸²⁶ Article 131-26 du Code pénal. Ces durées peuvent être portées à dix ou quinze ans dans les cas d'actes de terrorisme (article 422-3 du Code pénal).

²⁸²⁷ Ce droit de vote est exercé par procuration. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, dans son article 30, n'est pas venue modifier cette modalité matérielle d'exercice, malgré les espérances que l'on pouvait placer dans l'instauration de bureaux de vote dans les prisons, - tel que cela se pratique par exemple en Pologne -, ce qui aurait très certainement d'autant plus appuyé, à leurs yeux, leur identité de votant et donc la portée de leur acte de vote, par le seul fait de cette matérialisation physique symbolique permise ainsi aux détenus.

²⁸²⁸ L'article dispose en effet qu'« [à] sa sortie de l'établissement, une personne hospitalisée en raison de troubles mentaux conserve la totalité de ses droits et devoirs de citoyen, sous réserve des dispositions des articles 492 et 508 du code civil [sic, dans la cadre de la consultation de la version électronique du Code civil sur Légifrance, en vigueur à la date du 26 novembre 2009. Il s'agit des anciens articles traitant de la tutelle et de la curatelle], sans que ses antécédents psychiatriques puissent lui être opposés. »

B · UNE RECONNAISSANCE DE DROITS FONDAMENTAUX ENTRE AFFAIBLISSEMENT ET RENFORCEMENT PAR RAPPORT AUX STANDARDS COMMUNS

Ainsi, un certain nombre de droits du citoyen civil ne concernent pas ou plus l'institution psychiatrique alors que leur exercice et leur reconnaissance a toujours un sens pour le détenu²⁸²⁹(1). Les « libertés relationnelles » montrent également un regard et un intérêt différenciés dans les deux institutions (3). Les « droits-apanages de l'individu », ceux davantage tournés sur son essence d'homme, corps et esprit doté de conscience et appelé à s'épanouir dans la société qui l'accueille, appellent pour leur part à un réel ancrage dans les deux univers ; nécessairement, les deux institutions s'y confrontent, l'état du droit laissant encore souvent perplexe sur des points importants. Le progrès est indéniable mais insuffisant (2).

§ 1. Les droits civils et sociaux

Droit au mariage, droit à la propriété et tous les droits économiques tenant à la liberté d'entreprendre ou affiliés doivent ainsi être évincés de l'analyse à propos des personnes hospitalisées sous contrainte : ils concernent éventuellement le droit des tutelles, ce placement étant, on l'a vu, indépendant de l'hospitalisation sous contrainte en psychiatrie. Restent un certain nombre de droits, dits sociaux, qui peuvent intéresser la psychiatrie, y compris pour les hospitalisés sous contrainte. On doit notamment songer au controversé droit à un travail : sans doute faut-il le rattacher, dans le cadre présent, au droit à l'intégration dans la société reconnu aux handicapés, ici psychiques. En effet, l'institution psychiatrique ne s'en saisira que sous cette acception. Dès lors que le patient est suffisamment autonome pour ne plus avoir besoin de régime spécial, l'institution s'en désintéresse, dans toute la dimension positive que peut avoir cette attitude, le patient retrouvant sa place d'homme « normal », responsable, dans la société, sa rencontre avec la psychiatrie n'ayant été qu'une parenthèse.

Un droit tel que celui à l'éducation paraît également peu pertinent dans ce contexte de prise en charge des adultes, et ponctuelle. Quant au droit à la culture, doit-on, là encore, réellement parler d'un droit opposable au service public psychiatrique que celui de faire entrer l'action culturelle dans les unités de soins fermées ? Que ces interventions soient une amélioration salubre et efficace, en terme de soins, de la prise en charge des patients est indéniable et porte à encourager ces mesures, mais il semble difficile d'aller au-delà juridiquement, surtout vu les difficultés, au plan de la sécurité, de faire pénétrer des intervenants extérieurs dans ces unités. En outre, il faut garder en mémoire la dimension spécifiquement thérapeutique de ces lieux, qui récusent désormais le caractère de « vie installée pour un long terme » caractéristique de l'ancienne institution.

L'approche de ces droits est toute différente concernant l'institution carcérale : droit au mariage²⁸³⁰(a), droit à un travail et les droits afférents ainsi que, parallèlement, droit à l'éducation et à la formation professionnelle (c) ou encore droit à la culture (b), soit des droits permettant également le développement personnel, intéressent le détenu et lui sont désormais reconnus à part entière, en tant que membre de la société civile et être humain au-delà de prisonnier voué, par principe à y retourner une fois sa peine purgée²⁸³¹. C'est bien la durée éventuellement longue de sa

²⁸²⁹ Pour les textes de références utilisés, nous nous sommes restreints à une étude des principaux textes internes, de la CEDH et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au plan européen et avons gardé un regard international généraliste en nous cantonnant à la « Charte Internationale des Droits de l'homme » (DUDH et les deux textes de valeur contraignante : PIDCP et PIDESC). Ce choix a été opéré en fonction des textes applicables sur le territoire français, en restant sur une approche généraliste (la Charte sociale européenne, par exemple, n'a pas été prise en compte).

²⁸³⁰ Qui est bien un droit d'assise internationale, protégé par les articles 16 de la DUDH, 23 du PIDCP, 12 de la CEDH, 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸³¹ Nous nous cantonnerons cependant, dans le cadre de cette étude, aux droits sociaux touchant directement la personne incarcérée, laissant de côté des droits plus indirects tels que le droit de propriété (quoique ce dernier puisse avoir également des implications directes dans la vie carcérale, notamment dans le cadre des différences de politiques

peine qui l'amène à devoir construire la poursuite de cette vie sociale dès l'accomplissement en cours de ce temps carcéral.

En vue de faciliter toute démarche ou obtention des prestations sociales auxquelles il peut encore accéder s'il remplit les critères y ouvrant droit, la loi du 24 novembre 2009 entérine l'élection, par défaut, du domicile auprès de l'établissement pénitentiaire lorsque les détenus n'en possèdent plus ou pas à l'extérieur²⁸³².

◇ a) *Droit au mariage pour le détenu*

Cette même loi accentue, par ailleurs, l'ancrage et l'étendue de ces droits civiques et sociaux : elle ajoute *a priori* au droit au mariage la possibilité de contracter un PACS, *via* la modification de l'article 515-3 du code civil posée par l'article 37 de la loi. L'article 515-3 du code civil permet en effet désormais qu'« [...] *en cas d'empêchement grave* [...] », d'une part, « [...] *le greffier du tribunal d'instance, [sur requête du Procureur de la République] se transporte au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour enregistrer [ce] pacte* [...] » et d'autre part, que, si cet empêchement rend impossible la fixation d'une résidence commune, le greffe du tribunal sollicité pour cet acte peut être celui du ressort de la résidence de l'une des parties seulement. Jusqu'à la réforme de novembre 2009, la double obligation de résidence commune et de présence conjointe des deux candidats au PACS au Tribunal d'Instance empêchait les détenus incarcérés d'accéder à ce type de contrat.

Sur un autre plan, elle consacre l'aide matérielle pratiquée dans tous les établissements en faveur des détenus indigents²⁸³³, ouvrant également la possibilité de la transformer en aide numéraire lorsque, ainsi que le spécifie le décret d'application de la loi, « [...] *l'administration pénitentiaire ou la personne autorisée à attribuer l'aide n'est pas en mesure de la fournir en nature ou lorsque les besoins de la personne détenue le justifient* [...] »²⁸³⁴. Certes, cette aide ne vaut que le temps de l'incarcération ; elle peut néanmoins être classée parmi les prestations sociales octroyées par l'Etat.

◇ b) *Le droit à la culture pour le détenu*

Par ailleurs, le droit d'accès à la culture est mis en oeuvre de manière parcellaire par une série de mesures le concrétisant dans des domaines précis. Par contre, les auteurs s'accordent à l'unanimité pour reconnaître l'absence d'opposabilité de ce droit dans sa généralité. La formule de l'article D. 440 du Code de procédure pénale paraît bien incantatoire par sa généralité et son imprécision, qui font davantage penser à l'ancrage textuel d'une politique publique en faveur de la culture – effectivement organisée, d'ailleurs, comme on a pu l'évoquer précédemment. Par contre, un certain nombre de facultés sont reconnues à titre individuel au détenu, qui paraissent tendre vers le statut de prérogatives opposables à l'administration pénitentiaire.

En premier lieu, le droit à la lecture et à l'écriture, en tout cas dès lors que cette dernière reste sans publicité²⁸³⁵, semblent avoir pris un caractère inaliénable pour le détenu : même en cellule disciplinaire, leur privation est interdite. L'existence d'une bibliothèque dans chaque établissement, dotée d'un fonds suffisamment varié et fourni, est imposée par l'article D. 441-2 CPP et depuis le décret de 1995, la liberté dans le choix des oeuvres ou documents importés en prison est le principe, la censure devant être dûment justifiée, notamment par des raisons de sécurité, par l'administration de l'établissement. Ainsi, le détenu peut faire venir de l'extérieur tout livre, revue, film, disque ou autre support culturel ou document traitant de la culture. De même, la censure sur la radio et la télévision est levée depuis cette même date, les postes radiophoniques personnels étant

entre les établissements sur les objets non-autorisés et confisqués suite à un transfert. Ces situations sont ignorées, et le restent avec la loi du 24 novembre 2009, par la loi, alors que le droit de propriété, constitutionnellement garanti, exige une réglementation de cette valeur juridique pour régler ses atteintes), le droit aux prestations familiales ou les libertés économiques qui élargiraient à outrance notre champ d'étude.

²⁸³² Article 30 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁸³³ Article 31 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁸³⁴ Dernier alinéa du nouvel article D. 347-1 CPP issu du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010

²⁸³⁵ Dans le cadre des développements sur la liberté d'expression, cf. *infra* pp. 641-642 et s.

même autorisés en cellule depuis une circulaire de l'administration pénitentiaire d'août 1974²⁸³⁶, tandis que la possession à titre personnel d'un poste de télévision s'annoncera dix ans après²⁸³⁷.

Pour « [...] *soutenir et développer [cette] action socio-culturelle et sportive au profit des détenus* », une association socio-culturelle, du type loi 1901 est fondée dans chaque établissement pénitentiaire²⁸³⁸. Cette association travaille en liens étroits avec les SPIP, qui comptent eux-mêmes parmi leurs missions le développement de l'action culturelle dans les établissements dont ils ont la charge²⁸³⁹. L'un des objectifs devrait être également que tout détenu qui le souhaite puisse participer à ces activités ; la fixation des horaires dans l'emploi du temps doit en principe tenir compte des disponibilités des détenus intéressés afin que cette simple contingence organisationnelle ne le prive pas de l'activité²⁸⁴⁰.

Mais précisément, la situation dépend largement de l'administration de l'établissement concernant les activités culturelles collectives : c'est elle qui est maîtresse de la mise en oeuvre effective de l'exercice potentiel de cette dimension collective du droit à la culture. L'organisation de telles activités, plus délicate, va dépendre de l'appréciation de son opportunité, en fonction du contexte, par le chef d'établissement, mais également des contingences matérielles : structures et matériel existants, en état de fonctionnement, présence de personnel d'encadrement etc. L'un des principaux obstacles à l'accès de tous les détenus aux activités culturelles collectives s'avère en outre leur concurrence avec d'autres activités, notamment de travail. L'ensemble des occupations proposées en prison concernant en effet toutes les mêmes plages horaires, restreintes, de la courte journée pénitentiaire, empêchant généralement leur cumul, même si, on l'a vu, la mise en place de la « journée pénitentiaire continue » dans les établissements qui en ont les moyens tend à améliorer cette situation. Dans les faits, la sélection s'opère d'abord eu égard à ce type de considérations matérielles et au nombre de places, généralement restreint pour des raisons de sécurité, par rapport à la demande de participation.

Un « *centre de ressources audiovisuelles et multimédia* » peut également être créé au sein des établissements pénitentiaires²⁸⁴¹. Dans tous les cas, journaux, radio, télévision ne sont pas seulement des vecteurs d'informations générales mais se révèlent également des viviers de connaissance et d'oeuvres culturelles. C'est donc, outre le droit à l'information des détenus, un prolongement du développement culturel dans les prisons qui est enfin reconnu aux prisonniers avec ces nouveaux droits d'accès aux médias télévisuels et à la radiophonie.

◇ C) *Le droit à l'éducation et à la formation professionnelle et le droit au travail pour le détenu*²⁸⁴²

Le droit à l'éducation et à la formation a, pour sa part, davantage d'assise internationale, étant reconnu à toute personne, même adulte, par le treizième alinéa du Préambule de 1946, les articles 26 de la DUDH et 13 du PIDESC, 2 du Premier protocole additionnel à la CEDH²⁸⁴³ et 14 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. En tant qu'élément « [...] *indispensable à la réalisation des droits de l'Homme* [...] »²⁸⁴⁴ autant que comme pierre angulaire travaillant à la réinsertion future du prisonnier, il doit se voir reconnaître une place privilégiée parmi les prérogatives reconnues aux

²⁸³⁶ Circulaire AP du 26 août 1974

²⁸³⁷ Notes de service des 21 octobre et 10 décembre 1985

²⁸³⁸ Article D. 442 CPP

²⁸³⁹ Article D. 440 et D. 441-1 CPP

²⁸⁴⁰ Alinéa 3 de l'article D. 440

²⁸⁴¹ Ancien article D. 447 CPP amis on retrouve aujourd'hui mention de ce centre dans l'article D. 443 CPP et l'ensemble des nouveaux articles D. 443 à D. 449-1 CPP traitent de « l'accès des détenus aux activités culturelles et socio-culturelles ».

²⁸⁴² Rappelons que, suite à l'entrée en vigueur du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010, les articles D. 452 à D. 456 CPP concernant l'enseignement en prison ont été recodifiés sans changements internes aux nouveaux articles D. 436 à D. 437 CPP. Quant au travail, les articles D. 99 à D. 111 sont désormais recodifiés aux articles D. 4432 à D. 4434 CPP. Sur ces deux thèmes, ce sont les anciens numéros d'articles qui figurent dans ce paragraphe hormis cas dûment précisés en note.

²⁸⁴³ Enoncé de manière négative dans ce dernier article, la Cour européenne l'a consacré positivement dans sa jurisprudence « *Affaire linguistique belge* » du 23 juillet 1968, y précisant son contenu.

²⁸⁴⁴ Arrêt Cour EDH, Gr. Chb, 10/11/2005, « *Leyla SAHIN c/ Turquie* », req. n°44774/98, § 137

détenus²⁸⁴⁵. Si l'obligation scolaire n'est plus opposable aux personnes âgées de plus de 16 ans, chaque établissement pénitentiaire doit proposer, depuis 1975, un enseignement primaire²⁸⁴⁶, une attention toute particulière étant portée, depuis 1985, sur les illettrés et les analphabètes²⁸⁴⁷. Autrement dit, l'obligation d'offre scolaire repose sur l'administration pénitentiaire et est devenue un droit opposable reconnu en faveur du détenu, seule une forte incitation, -naturellement prise en compte dans les gages de bonne conduite et de volonté de réinsertion dans la société soumis au juge d'application des peines-, pouvant peser sur les personnes incarcérées.

L'administration retrouve une petite marge d'appréciation concernant l'organisation de l'enseignement plus approfondi, aucune obligation ne lui étant faite d'organiser des cours de niveaux supérieurs au sein de l'établissement. Par contre, par principe, elle ne peut s'opposer à ce qu'un détenu suive cette formation par correspondance²⁸⁴⁸. Là encore, le droit du détenu à l'éducation paraît opposable à l'administration dès lors que ces cours émanent des services de l'Education Nationale. Concernant les examens²⁸⁴⁹ ou la prise de cours par correspondance émanant d'autres structures que le ministère de l'Education Nationale²⁸⁵⁰, la marge d'appréciation reconnue au chef d'établissement et justifiant l'obligation d'obtenir son autorisation pour le détenu candidat ou demandeur est vraisemblablement principalement motivée par des raisons de sécurité.

Dans la même optique de réinsertion – objectif d'ailleurs relevé dès 1945 dans ce cadre –, la formation professionnelle est reconnue en faveur des détenus²⁸⁵¹. On peut cependant s'interroger sur la force de l'obligation mise à la charge de l'administration pénitentiaire dans ce domaine, qui semble bien davantage une obligation de moyens que de résultats²⁸⁵².

La question du travail prise sous le prisme des droits et devoirs est l'histoire d'un retournement : obligation pour tous les condamnés jusqu'à la loi du 22 juin 1987, l'accès à un emploi a depuis cette date pris le statut de droit reconnu au détenu. Obligation mise au crédit d'une préparation de qualité et paternaliste d'une réinsertion future à partir de 1945, justifiée également par ses vertus rééducatrices ou de « traitement », obligation d'ailleurs retenue comme une des exceptions à l'article 8 du PIDCP²⁸⁵³ comme à l'article 4 de la CEDH le rejetant de la dénomination de « travail forcé » et donc de l'interdiction posée à ce sujet par la Convention Européenne²⁸⁵⁴, elle est apparue idéologiquement mais surtout matériellement intenable dans les années de l'après 1975, des années s'affichant de manière durable comme économiquement dures. Le chômage régnant dans la société libre, il était d'une part difficilement accepté socialement que les condamnés travaillent alors que les travailleurs souffraient de la carence d'emploi. D'autre part, la réalité était loin d'être brillante dans les prisons qui ne parvenaient pas à donner un emploi à tous leurs condamnés et étaient empêchées de leur faire subir leur peine dans toute sa dimension. L'obligation perdait son sens, tandis qu'en retournant le principe – et en accordant, par la même occasion, la situation de tous les détenus, condamnés comme prévenus, sur le même principe²⁸⁵⁵ –, l'administration se trouvait déliée de cette contrainte impossible et en outre, renforçait le sens éducatif de l'accès au travail. La demande volontaire d'obtenir un emploi, puis le fait d'en avoir un

²⁸⁴⁵ Cf. également articles 28-1 et s. des règles pénitentiaires européennes de 2006

²⁸⁴⁶ Alinéas 1 et 2 de l'article D. 452 CPP

²⁸⁴⁷ Alinéa 3 de l'article D. 452 CPP

²⁸⁴⁸ Alinéa 1er de l'article D. 454 CPP

²⁸⁴⁹ Article D. 455 CPP

²⁸⁵⁰ Alinéa 2 de l'article D. 454 CPP

²⁸⁵¹ Cf. également article 26-5 des règles pénitentiaires européennes de 2006.

²⁸⁵² Article D. 457 CPP

²⁸⁵³ Article 8, § 3, b/ du PIDCP

²⁸⁵⁴ Article 4 § 3 a/ de la CEDH. L'interdiction posée à l'article 5 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE doit être, selon le commentaire officiel porté sur la Charte, être comprise dans les mêmes limites que celles posées par la CEDH

²⁸⁵⁵ Article D. 99 CPP

devenaient des signes textuellement reconnus d'efforts de réinsertion²⁸⁵⁶.

Apparaît dans ces quelques explications toute la duplicité de la réforme, amenant le détenu même faiblement perspicace à effectivement demander un emploi et permettant à l'administration d'exercer une pression nouvelle sur les prisonniers, la perte de leur emploi s'avérant une menace constante au-dessus d'eux. Peut-on alors encore parler d'un droit, noyauté qu'il est, on le voit, au niveau de la liberté du choix de travailler ou non qu'il porte, noyauté également au niveau du choix de l'activité, alors que l'offre se fait rare et l'éventail peu large ? La réforme n'a pas réellement changé la situation de débitrice normalement obligatoire d'emploi, seule la masse de demandeurs ayant quelque peu diminué : l'article D. 100 CPP étant maintenu, elle se doit bien de fournir un travail « [...] *productif et suffisant pour occuper la durée normale d'une journée de travail* [...] » à ceux qui le demandent. Et comme dans la situation antérieure à 1987, cette obligation reste au stade d'obligation de moyen, comme l'expriment sans détours l'alinéa 2 de l'article 717-3 CPP et l'article D. 101 CPP qui pose les principes en fonction desquels doit s'opérer l'attribution des emplois aux détenus. En outre, le raisonnement n'est tenu ici que sur un plan strictement pénal, mais il faut y rajouter la nécessité sociale de travailler qui permet au détenu souvent peu argenté d'acquérir quelques moyens de cantiner et de vivre durant sa détention voire d'aider financièrement sa famille restée à l'extérieur.²⁸⁵⁷ On revient à la problématique du droit du travail telle que posée de manière générale : ce droit existe-t-il effectivement au-delà de la formulation incantatoire du Préambule de 1946 précédant la Constitution française de 1958 ?²⁸⁵⁸ Là encore, on ne parle que d'obligation de moyen pour l'Etat²⁸⁵⁹. Droit virtuel, droit ambigu, droit inconsistant²⁸⁶⁰; ainsi Michel DANTI-JUAN résume-t-il ce droit au travail en prison, peu aidé par la conjoncture économique connue depuis les années 1970. L'auteur y relève une singularité qu'il veut représentative de cette virtualité propre au droit au travail dans le cadre carcéral : l'absence de contrat de travail, une manifestation symboliquement significative, selon lui, de l'incapacité juridique partielle dans laquelle sont maintenus les détenus, qui restent suffisamment assujettis à l'administration pénitentiaire pour devoir se contenter d'une situation statutaire « [...] *où il n'y a rien à négocier* [...] »²⁸⁶¹.

Droit à l'éducation et droit au travail trouvent pourtant un nouveau rebond, paradoxal, avec l'imposition par la loi du 24 novembre 2009 d'une « obligation d'activité » à tout condamné²⁸⁶². Mettant fin au pragmatisme pratique se repliant derrière la liberté de choix de l'individu, la nouvelle loi revient au dogme de « l'oisiveté mère de tous les vices », sans compter, ainsi que le rappelle Martine HERZOG-EVANS que cette dernière peut favoriser le risque suicidaire²⁸⁶³. Le temps de la peine effectuée en prison doit être un temps utilement mis à profit. En conséquence,

²⁸⁵⁶ Cf. alinéa 1er de l'article 717-3 CPP. La même position est adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans les Règles Pénitentiaires Européennes (dans la dernière version des RPE, article 26-1). Michel DANTI-JUAN propose dès lors de parler d'un « droit de s'amender par le travail » plutôt que d'un droit au travail. (M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », dans *La condition juridique du détenu*. Actes de colloque, Paris, CUJAS, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1994, p. 101)

²⁸⁵⁷ Tous ces principes régissant le travail pénitentiaire se retrouvent dans le Règles Pénitentiaires Européennes. Dans la mouture de 2006, il s'agit des article 26-1 et s.

²⁸⁵⁸ Et de celle peut-être encore plus déclaratoire, étant donnée sa dimension internationale, de l'article 6 du PIDESC ou de l'article 15 §1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE

²⁸⁵⁹ Cf. décision CC n°83-156 DC du 28 mai 1983, « Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse », cons. 4 ; *AJDA* 1983, p. 619, note R.-F. LE BRIS

²⁸⁶⁰ M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », dans *La condition juridique du détenu*, *op. cit.*, 1994, pp. 100-101 et 105-106

²⁸⁶¹ Cf. M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », dans *La condition juridique du détenu*, *op. cit.*, 1994, pp. 105-106. On est clairement ici dans le symbole : on le sait pour faire régulièrement le parallèle entre la position statutaire du fonctionnaire et la position contractuelle du salarié, en réalité, liberté contractuelle ne signifie pas forcément possibilité pour le futur employé de pouvoir négocier les clauses de son contrat de travail, un document généralement rédigé intégralement par son employeur. Etant donné la situation de demandeur acculé à accepter tout emploi du détenu, la liberté contractuelle n'aurait vraisemblablement pas grand sens pour lui et fort peu d'impact sur le résultat, l'emploi proposé et les conditions de travail.

²⁸⁶² Cette obligation a été introduite par amendement au Sénat, lors de la Première lecture

²⁸⁶³ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 32-33

une des manières actives de remplir sa mission de réinsertion, en tout cas d'oeuvrer en ce sens est d'imposer soit apprentissages des connaissances élémentaires pour survivre dans la société actuelle, -lecture, écriture, calcul-, et en priorité, l'apprentissage de la langue française pour ceux qui ne la maîtrisent pas, soit un travail. On peut relever que la dernière phrase de l'article 27 organise même une compatibilité de ces apprentissages fondamentaux avec l'exercice d'un travail. On ne serait alors plus dans l'alternative entre des obligations mais dans le cumul choisi.

Reste à s'assurer que ce cumul choisi sera toujours possible ; sur ce plan, le scepticisme qui gagne déjà les commentateurs quant au réalisme de cette obligation d'activité²⁸⁶⁴, qui risque de se heurter au manque d'offres d'emploi ou d'activité par rapport au nombre de détenus, ne peut qu'être accentué s'il faut que ceux qui étaient dirigés sur l'enseignement soient également pourvus d'un travail²⁸⁶⁵. De toute évidence, l'artifice de cet article permettant éventuellement sa faisabilité était précisément l'organisation d'une « soupape » pour diriger nombre de détenus sur une autre activité qu'un travail.

On notera d'ailleurs que ce sont le chef d'établissement et le directeur du SPIP qui doivent proposer au détenu une activité, en tenant compte de son âge, ses capacités, ses handicaps et sa personnalité. Comment s'organisera le choix dans la pratique ? Le détenu pourra-t-il refuser²⁸⁶⁶, et dans l'affirmative, combien de fois les propositions qui lui sont faites ? – deux propositions, comme dans le cadre d'un demandeur d'emploi inscrit à Pôle emploi ? – Comment s'articulera cette obligation avec ce que le professeur HERZOG-EVANS qualifie de « *nouvelle pénologie mise en oeuvre par l'ensemble de la loi* »²⁸⁶⁷, à savoir les régimes différenciés et le durcissement des conditions de vie dans les centrales, avec la plus grandes difficultés de mouvements, qui rejoint le maintien de cette difficulté dans les maisons d'arrêt. Selon elle, ces conditions internes à l'institution sont impropres à une application de cette obligation, menant à l'organisation d'activités en masse pour occuper tous ces détenus et donc collectives. Tout reste donc à clarifier dans la pratique.

Une seconde avancée remarquée est opérée par la loi de novembre 2009 en matière de droit du travail des détenus, avec l'instauration d'un « acte d'engagement » professionnel, forme de contrat de travail propre à la prison. Si quelques commentateurs reprochent à la loi de ne pas avoir anéanti toute différence entre travail en prison et travail à l'extérieur en instaurant tout simplement le contrat de travail classique pour les détenus, les auteurs les plus sérieux ont apprécié cette évolution dans toute sa mesure, qui met fin au vide juridique existant jusqu'alors en la matière²⁸⁶⁸ et permet d'introduire la plupart des éléments du contrat de travail, resituant ainsi, finalement, le détenu, dans le droit commun du travail, mais en tenant compte aussi du milieu carcéral et de son aspect rebutant, de prime abord, pour un concessionnaire : la prison ajoute des contraintes d'ordre

²⁸⁶⁴ Par exemple, outre Madame HERZOG-EVANS, (« Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *op. cit.*, 2010, p. 33), cf. M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *op. cit.*, 2010, p. 28

²⁸⁶⁵ En réalité, à la formulation de la phrase et à l'emploi du présent de l'indicatif, on peut supposer qu'il s'agisse de rendre effective l'obligation d'apprentissage, considérée comme prioritaire, pour des personnes actuellement incarcérées et ayant déjà un travail. Par la suite, de toute évidence, étant donné l'ordre de priorisation des types d'activités posé par l'article 27 lui-même, on commencera par proposer un apprentissage adapté au détenu qui ne maîtrisera pas les fondamentaux avant de lui proposer un travail.

²⁸⁶⁶ Le rapporteur du Sénat, Jean-René LECERF, a évoqué lors de la première discussion en commission des Lois les sanctions disciplinaires qui pourraient être infligées au détenu refusant toute activité ; il a également évoqué une application de cette obligation au détenu uniquement si l'établissement était lui-même en mesure de lui proposer plusieurs activités « [...] adaptées à l'âge, aux capacités et à la personnalité des intéressés » (J.-R. LECERF, Compte-rendu de la Commission des lois, [en ligne], séance du 17/12/2008, Sénat, <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20081215/lois.html#toc7> . Disponible sur le site du Sénat, consulté le 15/7/2010.

²⁸⁶⁷ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *op. cit.*, 2010, p. 33

²⁸⁶⁸ L'article 717-3 CPP pose en principe que « [l]es relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail. ». L'alinéa 2 de l'article D. 103 indiquait, dans sa mouture antérieure au 29 décembre 2010 que « [l]es relations entre l'organisme employeur et le détenu sont exclusives de tout contrat de travail [...] ». Depuis l'entrée en vigueur des décrets d'application de la loi du 24 novembre, il n'est plus fait référence à aucun contrat dans cet article, d'ailleurs devenu l'article D. 433-1 CPP, mais seulement des conventions nouées entre les établissements pénitentiaires, les entreprises concessionnaires et le service d'emploi pénitentiaire. Les détails concernant le nouveau contrat d'engagement sont insérés au nouvel article R. 57-9-2 CPP

sécuritaire, à des contraintes sociologiques qui sont autant de difficultés matérielles, pour l'entreprise. Martine HERZOG-EVANS liste à ce sujet ces contraintes inconnues en entreprise classique : les formalités d'entrées des personnes et des matériaux, outils et machines, le temps de travail plus réduit et interrompu, la configuration des locaux souvent peu adaptée voire dangereuse, le faible niveau de qualification de la population carcérale qui, cumulé à l'impossibilité de sortir, restreint d'autant le panel de tâches à proposer, les moindres rendements etc. Or le concessionnaire est un partenaire vital pour l'institution carcérale en tant que pourvoyeur d'emploi, et encore davantage depuis la création de l'obligation d'activité avec laquelle l'administration pénitentiaire est mise au pied du mur...

Dans le principe, il s'agit donc de placer le détenu dans une relation contractuelle dans le cadre de son emploi, comme à l'extérieur, mais avec l'administration pénitentiaire et non directement avec le concessionnaire. Elle assurera ainsi un certain nombre de garanties dont on aura voulu décharger le premier pour rendre son association avec l'institution carcérale plus attractive. Matériellement, et sous réserve de ce que fixeront les décrets d'application en complément, il s'agira donc d'un contrat signé par la personne détenue et le chef d'établissement et qui « [...] énonce[ra] les droits et obligations de [la première] [...] ainsi que ses conditions de travail et sa rémunération »²⁸⁶⁹. En outre, le détenu travailleur accède à la sécurité d'un taux horaire de rémunération à fixer par décret mais qui sera indexé sur le Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC), sachant que ce taux pourra varier en fonction du régime sous lequel est employé le détenu²⁸⁷⁰.

A côté de ces premiers droits fondamentaux, davantage sociaux et incantatoires, les droits et libertés tournés vers la personne individuelle et sa protection à l'égard de la puissance publique comme des tiers, suffisamment ancrés dans la tradition républicaine et des sociétés libérales et démocratiques pour être aujourd'hui pleinement opposables, connaissent une prégnance de plus en plus accrue au sein des deux institutions. Au point qu'un statut à part, particulièrement protecteur, est reconnu à plusieurs d'entre eux ou leurs dérivés en faveur de la personne hospitalisée sous contrainte, un pendant qui n'existe pas de manière aussi formalisée en droit interne en faveur des détenus.

§ 2. Les « droits-apanages de l'individu » : les droits et libertés physiques et intellectuels

L'individu est considéré comme ontologiquement doté de qualités à préserver voire même à aider à s'épanouir. Qualités ancrées autant dans sa chair que dans son esprit, elles représentent bien ces deux composantes indissociables de l'être humain. La plupart de ces droits et libertés individuels ne peuvent pourtant être protégés dans leur absolutité individuelle dans une société appelée par essence à faire fonctionner plusieurs individualités ensemble. Il s'agit donc de trouver le juste compromis de la « liberté de chacun reconnue à tous ». Un jeu de libertés et limites qui n'en est que plus subtil lorsqu'il s'agit de traiter du cas des personnes hospitalisées sous contrainte ou détenues et qui appelle à la vigilance. L'instrument juridique pourrait permettre, en ces matières où on peut toucher au tréfonds de l'être humain, de plier la règle au gré de considérations plus triviales, toutes importantes qu'elles puissent rester. Il s'agit de rester intransigeant sur des protections fondamentales de l'individu afin de ne pas faire perdre au droit ses lettres de noblesse, il est des choses qu'on ne peut toucher, même par la loi.

C'est ainsi que le noyau dur des droits de l'homme et de la dignité humaine demeure non-négociable dans le principe, dans la protection qu'ils apportent aux enfermés ; mais tout le problème va alors tenir dans le contenu concret des notions protégées eu égard à ces individus en situation si singulière (c). Dans le principe, aucun de ces droits et libertés fondamentales, même pas la liberté d'aller et venir (b), n'est intégralement retiré, dans la société actuelle, aux prisonniers ou aux personnes hospitalisées sous contrainte, qu'il s'agisse du droit à la sûreté *largo sensu* (d), du

²⁸⁶⁹ Article 33 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁸⁷⁰ Article 32 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 et article D. 432-1 CPP issu du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010

droit à la protection de la vie privée (e), du droit à la protection de la santé (f), de la liberté religieuse (g) ou de la liberté d'expression (i). Volonté a même été recherchée de donner un ressort particulier à certains dans l'institution psychiatrique (a). En réalité, aucun de ces droits ne ressort indemne de cette confrontation à l'institution, qu'elle soit psychiatrique ou pénitentiaire hormis peut-être la liberté d'opinion (h), et certains y perdent des pans importants de leur intérêt sans que cela s'avère toujours réellement justifié. Si les progrès sont conséquents en terme de reconnaissance d'une personne humaine sujet de droits en faveur de ces populations enfermées par rapport à la période antérieure, le travail n'est pas abouti.

◇ a) *Un corpus de droits minimaux inaliénables en faveur des personnes hospitalisées sous contrainte*

La liste des droits pouvant être reconnus à part entière aux personnes hospitalisées sous contrainte se rassemblent, dès lors, autour du noyau de l'individu, dont ils sont un apanage direct. Parmi eux figurent en première ligne les sept droits inaliénables reconnus à toute personne hospitalisée sous contrainte. *Corpus* de droits s'inscrivant dans la ligne des droits fondamentaux reconnus à l'Homme et au citoyen de manière générale, ils confortent, d'une certaine manière, la liberté individuelle dans son principe, précisément car elle se trouve temporairement mise à mal par la mesure d'hospitalisation sans consentement. Or, antérieurement à la loi du 27 juin 1990, un certain nombre d'obligations protectrices du patient n'avaient pas de reconnaissance légale. Marc DEBENE les classe significativement en « *droits de la défense* » et « *droits fondamentaux* »²⁸⁷¹, les premiers visant à garantir l'absence d'arbitraire de la mesure par un contact minimal avec l'extérieur, et touchant des autorités au pouvoir efficace pour mettre fin aux abus le cas échéant, les seconds maintenant quelques droits « [...] *sans le respect desquels le malade perdrait sa dignité* [...] »²⁸⁷² et dont la privation n'a pas de raison d'être dans le cadre d'une hospitalisation, même en psychiatrie.

On a évoqué, précédemment le cas du droit de vote, dont la perte reste indépendante du soin dans une structure psychiatrique.

La liberté religieuse et plus généralement d'opinion connaît une protection aussi affirmée pour ces patients enfermés sans consentement. Sans doute plane au-dessus de cette reconnaissance expresse les craintes d'inféodation de l'esprit des patients à une manière de penser politiquement choisie telle qu'elle a pu sévir en URSS et semble encore être en vigueur en Chine. Or, il faut noter que la religion ou la révérence à un culte sectaire est un phénomène fortement présent dans les services psychiatriques, où un certain nombre de pathologies s'appuient sur des délires mystiques. Dès lors, la question de la liberté religieuse est loin d'être anodine, certains soignants y voyant une entrave aux soins sinon une caution donnée à ce décalage dans lequel vit le malade²⁸⁷³. Assia BOUMAZA la classe dans son paragraphe sur la liberté d'expression, soulignant ainsi le caractère entier de cette reconnaissance²⁸⁷⁴ : comme le citoyen vivant en société, le patient hospitalisé sous contrainte a le droit de pratiquer son culte et d'exprimer ses convictions ou opinions. Certes, de même que la liberté d'expression, la liberté de culte dans son domaine propre, est davantage encadrée que les autres dans les démocraties, même libérales. Du fait de l'atteinte ou de l'empiètement sur les libertés des autres individus que toutes deux sont susceptibles de provoquer, elles pourront être restreintes dans les mêmes termes au sein des services²⁸⁷⁵. Il n'empêche que l'appréciation des limitations à imposer doit être finement pesée et justifiée.

Le droit d'émettre et de recevoir du courrier peut paraître à la frontière entre la liberté d'expression et celle du droit au maintien d'une vie sociale, notamment familiale, un droit à rattacher à celui du droit à la vie privée protégé par l'article 8 de la CEDH. Dans tous les cas, Marc DEBENE déduit du pluriel employé la qualité aussi bien personnelle que professionnelle de ces

²⁸⁷¹ M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 876

²⁸⁷² *Idem* p. 876

²⁸⁷³ A. BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, *op. cit.*, 2002, vol. II, pp. 145-147

²⁸⁷⁴ *Idem*, pp. 91-92

²⁸⁷⁵ Ainsi, le prosélytisme abusif est condamné par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 25/5/1993, « KOKKINAKIS c/ Grèce », req. n°14307/88) et on peut supposer que les soignants seront d'autant plus attentifs qu'ils doivent protéger un ensemble de personnes vraisemblablement plus vulnérables à ce type de discours.

courriers²⁸⁷⁶.

Ces trois droits manifestent de manière suffisamment appuyée un caractère personnel au sens strict pour ne pouvoir être exercés que par le malade hospitalisé sous contrainte lui-même, contrairement aux droits de la défense, qui peuvent être, pour leur part, exercés « [...] *par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade* »²⁸⁷⁷. Ces droits de la défense ont été déjà évoqués au titre des contrôles et garanties entourant les conditions d'enfermement ainsi que la décision d'enfermement²⁸⁷⁸, à l'exception du droit de demander conseil à un médecin, qui semble laisser entendre un droit à une contre-expertise officieuse, pouvant déboucher sur la saisine d'un juge et la mise en place d'une contre-expertise officielle cette fois, ordonnée par ce dernier.

Reste le droit « *de consulter le règlement intérieur de l'établissement [...] et de recevoir les explications qui s'y rapportent* »²⁸⁷⁹ auquel s'ajoute le devoir, pour l'équipe médicale, d'informer la personne dès que possible (l'information à l'admission n'étant pas toujours possible, ni, en tout cas, efficace, étant donné l'état du patient) puis à chaque fois qu'elle le demande « [...] *de sa situation juridique et de ses droits*. »²⁸⁸⁰. Droits incontournables pour rendre véritablement efficaces les autres droits de la défense, dans la mesure où ce sont eux qui indiquent à la personne, généralement ignorante de ces prérogatives, l'existence même de ces droits. Une exigence renforcée par le projet de loi de mai 2010, qui inscrit la nécessité que la personne concernée par les soins puisse faire ses observations au psychiatre avant toute décision visant à modifier les modalités de sa prise en charge et que, dans la mesure du possible, cette démarche puisse avoir une portée effective, qu'un véritable intérêt y soit porté par le médecin qui doit le « [...] *pr[endre] en considération dans la mesure du possible* » d'une part, et qui insiste davantage sur la nécessité d'information de la personne, notamment sur les motivations des décisions concernant sa prise en charge qui sont prises malgré elle²⁸⁸¹ d'autre part. Cette évolution avait déjà été inscrite dans la Charte de l'usager en Santé Mentale, -oeuvre composée de concert par des représentants officiels de patients et de psychiatres-, elle scande également la recommandation du comité des Ministres du Conseil de l'Europe de 2004²⁸⁸². Cette inscription, et la récurrence avec laquelle on la retrouve ensuite déclinée dans le corps du texte du récent projet de loi, apparaîtrait comme une consécration symboliquement importante du rôle actif que le patient peut jouer dans son soin, de la reconnaissance de sa capacité mais aussi de sa forte légitimité à pouvoir donner son avis et être écouté ; il perdrait définitivement, dans la loi, ce statut infantilisant du patient soumis aux décisions médicales et au pouvoir de « l'expert » qu'est le psychiatre, sans réflexion sur la qualité d'expert qu'il possède lui-même sur ses désirs et ses choix de vie voire sa psychologie profonde. Notons tout de même que le projet de loi ne prévoit pas de consultation de l'avis du patient ni même d'intérêt porté à ses observations lors de la décision de placement sous traitement sous contrainte²⁸⁸³. Ce n'est que pour les décisions suivantes, de changements de modalités de soins et de renouvellement du maintien sous contrainte

²⁸⁷⁶ M. DEBENE, « La modernisation de la loi sur les aliénés », *op. cit.*, 1990, p. 876. Cf. nos développements *infra* sur le droit à la protection de la vie privée

²⁸⁷⁷ Alinéa 4 de l'article L. 3211-3 CSP

²⁸⁷⁸ Il s'agit du droit de communiquer avec les différentes autorités administratives et judiciaires de contrôle, de saisir la CDHP et de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix (cf. *supra*)

²⁸⁷⁹ Point 5° de l'alinéa 3 de l'article L. 3211 CSP

²⁸⁸⁰ Alinéa 2 de l'article L. 3211-3 CSP

²⁸⁸¹ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 18, article 1er, points 23 à 28

²⁸⁸² Articles 12 (« Principes généraux des traitements pour trouble mental »), 17 (« Critères pour le placement involontaire »), 18 (« Critères pour le traitement involontaire »), 19 (« Principes relatifs au traitement involontaire »), 20 (« Procédures pour la prise de décision sur le placement et/ou le traitement involontaires ») de la Recommandation Rec(2004)10 du 22 septembre 2004, préc.

²⁸⁸³ La Cour d'appel de Lyon s'était pourtant montrée innovante sur ce point, en analysant les arrêtés préfectoraux de placement en HO comme des décisions individuelles défavorables qui doivent, aux termes de la loi du 12 avril 2000, être précédées d'une possibilité offerte à l'intéressé de faire part de ses observations (CAA Lyon, 9/7/2009, « *Monsieur André X.* », n° 07LY02624, [en ligne], Légifrance). La jurisprudence a, avec cette décision, perdu son homogénéité, la Cour d'appel de Versailles, par exemple, ayant jugé peu de temps avant que cette même catégorie de décisions préfectorales, par son objet même, excluait, à son endroit, l'application de cette disposition de la loi du 12 avril 2000 (CAA Versailles, 18/11/2008, req. n° 07VE00323, [en ligne], Légifrance).

qu'il doit être sollicité et rappelons-le, simplement pour émettre ses observations le cas échéant²⁸⁸⁴.

L'application effective de ces droits, malgré leur caractère inaliénable expressément affirmé par la loi de 1990²⁸⁸⁵, reste soumise aux aléas pratiques de l'organisation des services et à la nécessité thérapeutique. Constat à tout le moins paradoxal, sinon choquant, dans la mesure où l'existence même de cette liste de droits visait à les protéger précisément de ces deux atteintes. Mais il a été exposé précédemment les difficultés voire l'inefficacité des contrôles *a priori* effectués par les diverses instances administratives et judiciaires ainsi que par le CDHP²⁸⁸⁶, du droit d'accès à un avocat²⁸⁸⁷ et de la relativité d'application du droit d'émettre et de recevoir du courrier, fortement altéré, dans son essence, au-delà des interdictions médicales, par l'absence de reconnaissance d'un droit à l'inviolabilité de la correspondance quelle qu'elle soit.

◇ b) *La liberté d'aller et de venir*

La liberté d'aller et venir est protégée, en droit interne par rattachement à l'article 4 DDHC et explicitement reconnue comme principe à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 « Ponts à péage », et, aux plans international et européen, en tant que circulation à l'intérieur d'un Etat, par les articles 13 §1 de la DUDH, 12 §1 du PIDCP, 2 §1 du Protocole additionnel n°4 à la CEDH, 45 §1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE

Un traitement tout particulier doit être fait à cette liberté d'aller et venir, celle par définition atteinte par la mesure d'hospitalisation sous contrainte comme par celle d'emprisonnement. Néanmoins, depuis la libéralisation des méthodes de soins en psychiatrie, une approche similaire mais par cercles concentriques peut être observée selon que l'on envisage son exercice potentiel à l'intérieur ou à l'extérieur de l'enceinte psychiatrique : à l'intérieur de l'unité, une certaine liberté de circulation semble régner, pour les parties communes. Seules quelques règles visant la protection des droits d'autrui et la sécurité, et ressortant de l'organisation intérieure du service, peuvent interdire l'accès à des lieux tels que la chambre des autres patients ou les locaux techniques. Pour les sorties dans le parc ou les déplacements internes entre bâtiments mais dans l'enceinte de l'établissement, l'hôpital se trouvant de plus en plus ouvert sur la cité – ses murs tombant physiquement et ses grilles s'ouvrant –, le patient ne peut définitivement plus sortir de son unité fermée sans une autorisation expresse du médecin qui tient compte de cette grande facilité offerte au malade pour fuguer. La frontière paraît alors mince avec l'autorisation de sortie à l'extérieur de l'enceinte de l'établissement, le droit de sortie interne à l'établissement apparaissant comme la première marche vers une sortie dans la cité. Sur un plan juridique, la nuance peut être sensible : si dans le cas des hospitalisations sur demande d'un tiers -et en leur temps pour les placements volontaires-, les secondes imposent simplement une information du préfet de cette autorisation médicale décisive²⁸⁸⁸, dans le cas des hospitalisations d'office, seules ces mêmes sorties d'essai véritables, hors de l'enceinte hospitalière, exigent autorisation préalable, aujourd'hui une décision, du préfet²⁸⁸⁹. Aucune formalité de ce type n'est demandée pour les premières.

Concernant les détenus, le clivage s'opère en fonction du type d'établissement d'accueil, le

²⁸⁸⁴ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 18, article 1er, point 24 et, pour confrontation, point 26, (le second, traitant de la décision d'admission, restant bien muet sur une consultation de l'avis du patient)

²⁸⁸⁵ L'article L. 3211-3 CSP dispose en effet qu'« [e]n tout état de cause, [la personne hospitalisée sous contrainte] dispose [...] » des sept droits commentés ici.

²⁸⁸⁶ Cf. nos développements *supra*

²⁸⁸⁷ Cf. nos développements *supra*. Le progrès, même relatif au plan de l'effectivité, est néanmoins à souligner. L'inscription légale de ce droit à un avocat lui donne ainsi une reconnaissance avérée là où, antérieurement à 1990, la revendication de ce droit devait d'abord passer sous les fourches caudines de la toute-puissance médicale, qui pouvait toujours s'opposer à de telles rencontres au prétexte de contre-indications thérapeutiques.

²⁸⁸⁸ Sous l'empire de la loi de 1838, l'autorisation de sortie d'essai était prononcée par le directeur de l'hôpital et non directement par le psychiatre, avec un simple visa du directeur comme cela s'opère depuis la loi de 1990.

²⁸⁸⁹ Il suffira, on l'a vu, d'une absence d'opposition de la part de l'autorité préfectorale pour les sorties d'essai accompagnées.

critère du statut de prévenu ou de condamné n'étant qu'une cause originelle et aujourd'hui brouillée par le jeu de répartition des condamnés dans les différents types d'établissements. Néanmoins, la situation est d'autant plus choquante lorsqu'il apparaît que ce sont les personnes encore présumées innocentes qui sont soumises au régime le plus strict, par principe. En effet, les prévenus ainsi que les condamnés demeurant en maisons d'arrêt sont soumis à un enfermement strict, ce qui les oblige d'une part à demeurer parfois 22 heures sur 24 séquestrés dans l'exiguïté d'une cellule généralement surpeuplée et d'autre part à être accompagnés pour tout déplacement au sein de la détention par un surveillant. Dans ces conditions, les quelques déplacements journaliers effectués ne peuvent être qualifiés d'exercice de la liberté de circulation.

Les condamnés placés en établissements pour peines sont mieux lotis : ils bénéficient souvent de la possibilité de circuler au sein de la détention la journée, le régime « portes ouvertes » ayant été généralisé dans les établissements pour peines dans les conditions précédemment évoquées. Ayant dans ces cas chacun une clef de leur cellule, ils peuvent ainsi protéger leurs affaires tout en quittant ce lieu de vie intime pour s'adonner à tout type d'activité, y compris leurs relations sociales avec d'autres détenus. Par contre, dès le couvre-feu pénitentiaire sonné, vers 17h30, ils sont tenus de regagner leur antre où ils sont enfermés, de l'extérieur cette fois, par les surveillants, pour la nuit. L'objectif de réinsertion apparaît avec évidence. S'ajoute pour tous les condamnés la possibilité de bénéficier, sous un certain nombre de conditions, de permissions de sortir et d'aménagements de peine tels que le régime de semi-liberté voire la libération conditionnelle. On l'a évoqué, la manière de penser la peine actuelle offre une large place à cette volonté de réintégration réussie du détenu dans la société, ce qui tend à bannir autant que le système le peut les « sorties sèches ». Mais en-dehors de ces mesures exceptionnelles, le détenu reste cloîtré dans son établissement pénitentiaire.

◇ C) *Le noyau dur des droits de l'Homme étendu au principe fédérateur de la dignité humaine*

Se rajoutent à ces premières prérogatives reconnues à la personne la série des droits considérés comme intangibles, le « noyau dur » des droits de l'Homme, « *l'expression de l'irréductible humain* »²⁸⁹⁰ qui bénéficient donc d'une protection absolue et inconditionnelle et dont la reconnaissance n'exclut aucun individu, quelles que soient ses particularités. Des droits qui constitueraient, pour Frédéric SUDRE une « *sorte de patrimoine commun de l'humanité* »²⁸⁹¹, reconnus unanimement comme indérogeables par trois textes fondamentaux en matière de droits de l'homme que sont la CEDH de 1950, la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme de 1969²⁸⁹² et le Pacte international des droits civils et politiques de 1966²⁸⁹³, avant que cette affirmation ne soit confortée par des conventions particulières, internationalisant toujours plus largement cette reconnaissance eu égard aux instances dans lesquelles elles sont signées²⁸⁹⁴. Trois de ces droits semblent pertinents à étudier ici, le quatrième étant simplement évoqué, participant tous à l'idée de la lutte contre l'instrumentalisation voire la réification de l'être humain. Cela s'avère particulièrement flagrant avec l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (1) ainsi qu'à travers l'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé (2), mais la protection du droit à la vie (3) y participe également. Sortant des sentiers battus, c'est aussi à la question de l'expérimentation médicale humaine et du don d'organe qu'on peut s'intéresser (5) par

²⁸⁹⁰ F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, *op. cit.*, 2008, p. 208

²⁸⁹¹ *Idem* p. 208

²⁸⁹² Convention américaine relative aux droits de l'Homme signée à San José la 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978

²⁸⁹³ Frédéric SUDRE se refuse à inscrire dans la liste la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples, malgré l'inscription de ces mêmes droits dans cet instrument. En effet, se justifie-t-il de manière convaincante à notre sens, la Charte africaine, contrairement aux autres instruments de protection des droits de l'homme ici listés, ne renferme de clause expresse interdisant toute dérogation à ces droits dans cette Charte, au contraire des autres. Selon lui, la simple forme péremptoire utilisée dans la rédaction des articles concernés ne suffit pas pour doter ces droits d'un véritable caractère intangible. (cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, 2008, p. 206, note 1)

²⁸⁹⁴ On pense notamment à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'ONU adoptée en 1984 et à la Convention Européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants de 1987 et à toutes les conventions relatives à l'interdiction de l'esclavage et de toute forme d'exploitation de l'Homme (cf. *infra*, liste à la note 2939, p. 598)

ailleurs, toutes ces questions et ce noyau dur de droits ayant trait de près, avec la notion de dignité humaine et sa protection (4).

■ 1. L'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants

Cette interdiction, proclamée pour la première fois par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales en 1950, passe pour un des coeurs de cet instrument juridique, tant cette réponse juridique était symboliquement nécessaire dans un texte pris en réaction aux exactions de la Seconde Guerre Mondiale. L'article 7 du Pacte international de 1966 pose une prohibition dans des termes semblables à ceux de l'article 3 CEDH²⁸⁹⁵, y adjoignant simplement la notion de cruauté²⁸⁹⁶. La nécessité de lutter, et même l'utopie d'éradiquer ce type d'agissements a amené la Communauté internationale à adopter une Convention spécifique le 3 décembre 1984 dans le cadre de l'ONU²⁸⁹⁷ et le Conseil Européen à se doter d'un second texte, la « Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants » en 1987, renforçant l'article 3 d'une visée préventive. Son application effective en France s'inspire essentiellement de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme, extrêmement constructive et détaillée sur la question.

Torture, traitements ou peines inhumains et traitements dégradants se différencient les uns des autres en terme de degré dans les exactions perpétrées sur la personne mais non de nature, induisant donc un affinement dans les condamnations et le degré d'opprobre jetés sur les Etats ainsi distingués. La distinction entre torture et traitement inhumain est posée par la Cour européenne dans son arrêt « *Irlande c/ Royaume-Uni* » du 18 janvier 1978 et celle entre traitement inhumain et acte ou peine dégradant, la même année, dans son arrêt « *TYRER c/ Royaume-Uni* »²⁸⁹⁸. Cette nuance de degré, ajoutée à la certaine circonspection avec laquelle elle qualifie des actes de l'un de ces trois titres permet de conserver une vraie force symbolique à ces condamnations et donc une efficacité dans la lutte à leur encontre, en évitant toute banalisation des termes. Mais la marge est étroite entre ce refus de galvauder ces trois notions d'une part, et celui de relever le degré d'humanité exigé des Etats-membres, en abaissant le seuil de gravité requis pour qualifier un acte de torture, d'inhumain ou de dégradant et en se montrant de plus en plus exigeante en matière de preuve envers les Etats d'autre part²⁸⁹⁹. La nouvelle approche adoptée depuis les arrêts « *TOMASI c/ France* » et « *SELMOUNI c/ France* » permet une ouverture du champ d'application pour des recours à la force pour d'autres raisons que celles, policières (le cas de ces deux arrêts) ou militaires, qui motivent généralement les traitements contraires à l'article 3 dont est saisie la Cour européenne²⁹⁰⁰.

La torture a été définie par la Convention des Nations Unies sur la Torture et autres traitements inhumains et dégradants de 1984 comme « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne [dans un but déterminé (obtenir des renseignements ou des aveux, punition, intimidation, pression sur elle ou sur une tierce personne)] par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation [...]* »²⁹⁰¹. La Cour européenne des Droits de l'Homme a pour sa

²⁸⁹⁵ Repris à l'identique par l'article 4 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE

²⁸⁹⁶ De même que la DUDH, qui pose cette interdiction dans son article 5.

²⁸⁹⁷ Convention des Nations Unies sur la Torture et autres traitements inhumains et dégradants du 3 décembre 1984

²⁸⁹⁸ Cour EDH, 18/1/1978, « *Irlande c/ Royaume-Uni* », req. n°5310/71 et Cour EDH, 25/4/1978, « *TYRER c/ Royaume-Uni* », req. n° 5658/72

²⁸⁹⁹ C'est ainsi que des actes, telles « *certaines brutalités* », qui pouvaient échapper à l'application de l'article 3 selon une première ligne jurisprudentielle ont basculé dans le groupe des actes passibles de l'application de cet article, avec l'arrêt du 27/8/1992 « *TOMASI c/ France* » (req. n°12850/87), ouvrant ainsi une nouvelle jurisprudence, plus protectrice de l'individu. Dans sa décision du 28/7/1999 « *SELMOUNI c/ France* » (req. n°25803/94), la Cour juge « [...] que c'est tout usage de la force physique sur une personne en situation d'infériorité, car privée de liberté, qui est prohibé et tombe sous le coup de l'article 3 » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 305) et pose ainsi une « *présomption de gravité* » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 305) envers ces actes qui les rend toujours passibles de l'article 3.

²⁹⁰⁰ Cf. par exemple, la qualification de traitement inhumain et dégradant retenue pour un recours à une intervention médicale forcée, visant à recueillir des éléments de preuve d'une infraction et alors qu'ils auraient pu être obtenus par des procédés moins intrusifs (Cour EDH, Gr. Chb, 11/7/2006, « *JALLOH c/ Allemagne* », req. n° 54810/00, JCP G, 2007, I, 106, n°1, chron. F. SUDRE).

²⁹⁰¹ Article 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

part défini la torture comme des « *traitements inhumains délibérés provoquant de graves et cruelles souffrances* »²⁹⁰². Elle considère comme traitements inhumains « *des agissements qui provoquent volontairement des souffrances physiques ou mentales particulièrement graves, sans qu'elles atteignent cependant le degré d'intensité caractérisant la torture (qui seule mérite le qualificatif de « souffrances aiguës »)* »²⁹⁰³. Enfin, les traitements dégradants, ceux situés au bas de l'échelle graduelle de gravité, consistent en des agissements « [...] humili[ant] l'individu grossièrement devant autrui ou [...] le pouss[ant] à agir contre sa volonté ou sa conscience [...] », ou encore « [...] l'abaiss[ant] à ses propres yeux »²⁹⁰⁴. Dans tous les cas, l'obligation des Etats est double : négative en ce que « *les autorités nationales [...] ne doivent pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de leur juridiction.* »²⁹⁰⁵, et positive, avec un devoir de protection physique et morale de la personne en état de vulnérabilité, imposant éventuellement des actions positives de la part des autorités, et une protection contre des mauvais traitements infligés par d'autres particuliers. L'absoluité de la protection, posée en premier lieu par le caractère injustifiable de tels actes, - au sens fort où la Cour n'accepte aucune explication de la perpétration de tels traitements, quelles que soient les conditions extrinsèques, le comportement de la victime, etc.²⁹⁰⁶-, trouve ainsi une dimension renforcée, également complétée par son universalité, « *la transcription territoriale de l'absoluité* » selon Johan CALLEWAERT²⁹⁰⁷. Ceci dit, un certain nombre d'éléments amènent des auteurs qualifiés tels que Monsieur CALLEWAERT²⁹⁰⁸ à parler d'une « *norme relativement absolue* »²⁹⁰⁹ à propos de l'article 3 CEDH, en relevant notamment « *la variabilité du seuil minimum de gravité* »²⁹¹⁰ exigé, déterminé en partie à partir des conséquences que le traitement a eu sur la personne, l'interprétation « *à la lumière des conditions actuelles* »²⁹¹¹, ce qui a pu permettre d'exonérer certains Etats de charges qui amènerait aujourd'hui à condamnation, en tout cas à la condamnation sous un qualificatif plus grave²⁹¹², et enfin en soulevant le problème de la charge de la preuve qui, malgré l'admission courante du caractère inquisitoire de la procédure devant la Cour Européenne, pèse parfois malgré tout sur le requérant, appelé à apporter au moins des débuts de preuve afin d'assurer que ses allégations ne sont pas complètement fantaisistes²⁹¹³.

²⁹⁰² Arrêt Cour EDH, 18/1/1978, « *Irlande c/ Royaume-Uni* », préc., § 167.

²⁹⁰³ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., 2001, p.279. Cf. également l'arrêt de référence de la Cour européenne des droits de l'homme pour cette définition, du 25 avril 1978, « *TYRER c. Royaume-Uni* », préc., § 29

²⁹⁰⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 312. Cf. la décision d'origine donnant cette définition : Cour EDH, 25/4/1978, « *TYRER c/ Royaume-Uni* », préc., § 32

²⁹⁰⁵ *Idem* p. 307

²⁹⁰⁶ Ce qui signifie également l'absence de marge d'appréciation reconnue aux Etats sur une quelconque nécessité d'utiliser ce type d'acte et toute notion de proportionnalité de l'acte.

²⁹⁰⁷ J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention Européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », dans *Liber amicorum Marc-André EISSEN* (Mélanges EISSEN), Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, p. 15

²⁹⁰⁸ Administrateur à la Cour européenne des droits de l'homme

²⁹⁰⁹ J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention Européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », op. cit., 1995, p. 37

²⁹¹⁰ *Idem* p. 32

²⁹¹¹ *Idem* p. 33

²⁹¹² Cf. à ce sujet F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, pp. 313-317 (n° 193) : la décision « *SELMOUNI c/ France* » indique clairement le nouveau virage que prend la Cour européenne dans son appréciation plus rigoureuse des exactions, ici policières, et de l'extension du qualificatif de « torture », ce qui exprime nettement le caractère « évolutif » qu'elle entend donner à son interprétation de la notion.

²⁹¹³ Il signale comme dernier point la possibilité de règlement amiable des affaires, permettant ainsi de laisser les parties s'entendre pour clore de telles affaires, ramenant à un plan subjectif et « à la disposition des parties » des exactions qui, par le caractère d'atteinte à l'humanité que porte en tout cas l'accusation, renferment, si elles sont avérées, un caractère objectif qu'il paraîtrait justifié de soumettre, de manière systématique, à la censure du juge absolu en la matière et garant de l'intégrité de la notion. Sans étayer à ce point sa réflexion, Monsieur CALLEWAERT reprend en tout cas l'expression de Monsieur BERGER pour conclure à « [...] un germe sinon d'abdication, du moins de dépossession. » (V. BERGER, « Le règlement amiable devant la Cour », dans L-E. PETTITI, E. DECAUX et P-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 788) de la Cour de son rôle, amenant « [l']application de la Convention [à] en acqu[érir] une coloration

Sans doute peut-on suivre Gilles LEBRETON lorsqu'il affirme que « *la torture est devenue rare dans les Etats parties à la Convention Européenne des droits de l'Homme* [...] »²⁹¹⁴ et cela est sans doute encore plus vrai des hôpitaux psychiatriques, qui sont véritablement des lieux d'abord voués aux soins. Le doute pourrait être davantage permis concernant les traitements dégradants, dans le cadre des soins prodigués. Pourtant, sur ce plan, la relativité de l'application de l'article 3 apparaît sous trois formes, proches de celles précédemment énumérées dans les traces de Monsieur CALLEWAERT²⁹¹⁵ : si l'on se fonde sur l'arrêt « *HERCZEGFALVY c/ Autriche* », on retrouve l'excuse de l'appréciation « *à la lumière des conditions actuelles* » mais historicisée : la Cour se retranche derrière sa mauvaise connaissance des « *principes psychiatriques communément admis à l'époque* », dans le cadre desquels un « *impératif médical* » avalisait, aux dires du Gouvernement Autrichien, le traitement en cause²⁹¹⁶. Apparaît également le problème de la charge de la preuve, la Cour estimant, notamment concernant ce même traitement, que les éléments qui lui ont été fournis « [...] *ne suffis[ai]ent pas à réfuter la thèse du Gouvernement* »²⁹¹⁷ et qu'un certain nombre d'allégations du requérant ne sont pas étayées dans le dossier et ne peuvent donc être retenues. Si le refus de ne s'appuyer que sur les accusations, sans preuves, d'une personne, s'entend, on peut néanmoins s'interroger sur les preuves que Monsieur HERCZEGFALVY aurait pu apporter. Comment aurait-il pu les rassembler ? Est-il vraiment raisonnable de demander à une personne attachée à un lit de faire établir immédiatement constat de ces traitements ?²⁹¹⁸ Mais surtout, c'est bien le blanc-seing donné aux équipes médicales dès lors que les actes relèvent de la « *nécessité thérapeutique* » qui relativise le plus fortement l'application de l'article 3 en le soumettant ainsi à une application circonstanciée²⁹¹⁹. Comme on a pu le développer précédemment²⁹²⁰, si en soi, l'objectif thérapeutique peut justifier, dans le cadre tout-à-fait particulier de la psychiatrie, la perpétration d'actes de nature à être qualifiés de dégradants ou de mauvais traitements dans d'autres contextes – au même titre que la médecine peut attenter, de manière dérogatoire par rapport au droit commun, à l'inviolabilité et à l'intégrité du corps humain –, c'est le contrôle effectué derrière, par la Cour Européenne, qui semble problématique et offre cette carte blanche peu acceptable eu égard à la gravité des allégations en cause. Un contrôle qui fait presque sortir le domaine des hospitalisations sans consentement de son champ (en-dehors du contrôle de la décision de privation de liberté), la plaçant quasiment en zone de non-droit sur ce plan.

L'invocation de l'article 3 au titre des conditions de vie connues lors de l'hospitalisation qui

relative qui [...] contraste avec la vocation [de l'article 3] au respect absolu ». (J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention Européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », *op. cit.*, 1995, p. 37)

²⁹¹⁴ G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'Homme, *op. cit.*, 2001, p. 279

²⁹¹⁵ Cet auteur estime, à ce propos, dans son commentaire sur l'arrêt « *HERCZEGFALVY* », que « [s]i le libellé de l'article 3 semble bien exempt de toute limitation, il n'en va pas toujours de même de la procédure destinée à en garantir le respect », pointant par la suite la discrimination de facto opérée au détriment des malades mentaux, et notamment de ceux hospitalisés sous contrainte. (J. CALLEWAERT, « L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3 ... et vice versa », *RTDH*, 1993, pp. 433-443, citation p. 435)

²⁹¹⁶ Cf. arrêt Cour EDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY c/ Autriche* », préc., § 83. Le traitement consistait, sur ce point, en la pause de menottes et de courroies attachant le patient à son lit, ce sur une durée que la Cour juge « *préoccupante* ».

²⁹¹⁷ Cf. arrêt Cour EDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY c/ Autriche* », préc., § 83

²⁹¹⁸ Cf. sur ce sujet J. CALLEWAERT, « L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3 ... et vice versa », *op. cit.*, 1993, pp. 437-441. La remarque ici faite vaut alors même que la Cour a assoupli la procédure en faveur des requérants depuis son arrêt « *TOMASI c/ France* », rendu deux mois avant l'arrêt « *HERCZEGFALVY* », en renversant la charge de la preuve et en posant « *une véritable présomption de causalité* » envers l'Etat assigné qui l'amène à considérer les allégations du requérant établies dès lors que le Gouvernement n'apporte pas de preuve contraire.

²⁹¹⁹ Si l'on en croit Philippe BERNARDET, Thomaïs DOURAKI et Corinne VAILLANT, d'autres exemples illustrent avec clarté ce blanc-seing, mais ils concernent des décisions de la Commission, les affaires n'ayant pas été présentées à la Cour Européenne. Ainsi en est-il particulièrement de l'affaire « *Dominique M. c/ France* » où cette jeune-femme s'est vu, entre autres, administrer pas moins de sept séances d'électro-chocs en sept mois, sans anesthésie, une pratique considérée comme archaïque à l'heure actuelle, l'endormissement du patient avant ce soin étant la condition de son humanisation. La Commission européenne a validé la décision de la Cour d'Appel Lyonnaise qui a refusé de voir un traitement inhumain ou dégradant dans cette pratique dans ces conditions (décision du 13/2/1992, req. n°15483.89. Cité dans Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, *op. cit.*, 2002, p. 289)

²⁹²⁰ Cf. nos développements sur les UMD *supra*, notamment pp. 204 et s.

pourraient apparaître au patient contestables à cause des mesures adoptées à son encontre paraît encore plus délicate : dans le cadre commun, l'application de sa protection en matière de conditions de vie misérables a jusqu'à présent toujours été refusée²⁹²¹. Si une évolution semble se dessiner avec un arrêt du 12 juillet 2005 « *MOLDOVAN et al. c/ Roumanie* », on doit cependant rester circonspect, la Cour ayant retenu la précarité des conditions de vie conjuguées avec une discrimination raciale contraignant à ces conditions de vie misérables. Reste le rapprochement avec la jurisprudence concernant les conditions de détention. Néanmoins, à notre connaissance, les conditions d'hospitalisation, même dans un hôpital psychiatrique vétuste, ont peu à voir avec les conditions de vie dans certaines maisons d'arrêt. En conséquence, de cette jurisprudence pénitentiaire à part, il apparaît douteux de tirer des conclusions favorables pour une condamnation, au titre de l'article 3 – et peut-être même pour la recevabilité de la requête –, de l'Etat français à propos des conditions d'hospitalisation dans un de ses établissements de soins publics, et ce alors même qu'on est, dans les deux cas, dans des situations de privations de liberté.

Les détenus font, pour leur part, l'objet d'une protection toute particulière et renforcée par rapport à celle généralement octroyée au titre de l'article 3, du simple fait de la situation d'infériorité et de vulnérabilité accrue dans laquelle ils sont placés²⁹²². Transposition de la jurisprudence classique envers toute personne placée sous la juridiction d'un Etat-membre et de son effet horizontal, l'article 3 les protège contre les sévices perpétrés par des agents de l'Etat²⁹²³ mais aussi par des co-détenus²⁹²⁴. Ainsi, ils bénéficient d'une « *présomption de gravité* »²⁹²⁵ permettant une applicabilité automatique de cet article 3 là où le juge recherche habituellement un minimum de gravité. Ainsi, cette « [...] *protection supérieure et privilégiée* [...] »²⁹²⁶ amène à ce qu'aucun traitement ne soit exclu du champ d'applicabilité de cet article 3, à ce que les circonstances de l'espèce n'aient plus de valeur décisive pour apprécier cette applicabilité. A une condition cependant : que le Gouvernement défendeur, reste dans l'impossibilité de démontrer le caractère nécessaire de l'emploi de la force sur le détenu. Le renversement de la charge de la preuve, -signe supplémentaire de la situation favorable faite au détenu par la justice européenne-, au détriment des autorités étatiques, ainsi traité pose une seconde présomption, « [...] *de causalité* [...] »²⁹²⁷ cette fois. Une prise de recul sur l'ensemble de la situation amène Béatrice BELDA à conclure à « [...] *un rapport de dépendance* [...] »²⁹²⁸ entre ces deux présomptions. Si cette nécessité est prouvée, par contre, le juge revient au droit commun en vigueur pour apprécier les éventuelles violations portées à l'article 3, revenant à l'application du minimum de gravité requis pour appliquer la protection de l'article 3 aux faits. Il se montre cependant, au préalable, sévère sur l'appréciation du caractère nécessaire du recours à la force, vérifiant la proportionnalité de l'emploi de la force par rapport au comportement du détenu²⁹²⁹. La perte est double, d'un certain sens, pour l'individu, qui risque de

²⁹²¹ Comm. EDH, 9/5/1990, « *Van VOLSEM* », *RUDH*, 1990, pp. 349 et s., note F. SUDRE

²⁹²² Cf. à ce sujet l'analyse de Bertrand ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garantie par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2003, pp. 99-108

²⁹²³ Cf. arrêt Cour EDH, 6/4/2000, « *LABITA c/ Italie* », req. n°26772/95

²⁹²⁴ Cf pour exemple arrêt Cour EDH, 3/6/2003, « *PANTEA c/ Roumanie* », req. n°33343/96

²⁹²⁵ Expression de F. SUDRE, cf. B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des droits de l'Homme, thèse de doctorat de droit public, Université de Montpellier I, 2007, [thèse dactylographiée], p. 52. Cf. également à ce sujet l'article de Bertrand ECOCHARD, « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garantie par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit., 2003, pp. 101-102

²⁹²⁶ B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, op. cit., 2007, p. 54

²⁹²⁷ *Idem* p. 55

²⁹²⁸ *Idem* p. 55. Cette présomption et ce rapport de dépendance sont clairement exprimés dans l'arrêt « *RIVAS c/ France* » du 1er/04/2004 (req. n°59584/00) : « [...] *le Gouvernement ne conteste pas non plus que la lésion subie par le requérant qui a provoqué douleurs et souffrances physiques, à supposer établi qu'elle lui a été infligée délibérément pendant son interrogatoire, a atteint le seuil de gravité suffisant pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention* » (§ 39), cité par B. BELDA, p. 56.

²⁹²⁹ Cf. arrêt 4/12/1995, « *RIBITSCH c/ Autriche* », req. n°18896/91, *RUDH*, 1996, pp. 9 et s. obs. F. SUDRE. Pour sa rigueur dans son appréciation de la proportionnalité de l'emploi de la force, cf. arrêt 19/5/2004, « *R. L. et M.J.D. c/ France* » (req. n°44568/98), où la perpétration de blessures est particulièrement relevée et étudiée par la Cour quant

voir ce recours à la force justifié mais en outre, même s'il ne l'est pas, la Cour revenant à sa jurisprudence classique peut considérer que les atteintes portées ne sont pas suffisamment graves pour être passibles de la protection de l'article 3²⁹³⁰. Ce changement de mode interprétatif d'appréciation de la situation se justifie par la nécessaire marge de manoeuvre, somme toute fort congrue, qui doit être laissée aux Etats dans le cadre de leur politique de sécurité et de maintien de l'ordre.

La protection renforcée quant à l'applicabilité de l'article 3 ne joue pas pareillement concernant la qualification des actes en cause pour laquelle le juge revient à une appréciation relative pour apprécier de leur gravité. En conséquence, dès qu'il y a violence non justifiée par la nécessité sur une personne détenue et « [...] *portant atteinte à sa dignité* [...] », le juge européen « [...] *conclut directement à l'existence de « traitements inhumains et dégradants »* [...] »²⁹³¹. Il se montre plus réticent à qualifier les faits de torture, tenant à ne pas banaliser cette qualification, revenant en conséquence à sa jurisprudence classique pour apprécier ce caractère²⁹³².

Les prisonniers bénéficient en outre d'une jurisprudence exceptionnelle en matière de conditions de vie en détention, leur octroyant une protection refusée, on l'a vu, jusqu'à présent, dans toute autre situation. Si une évolution est peut-être en cours sur le plan général, les détenus peuvent de surcroît se targuer de l'ancienneté de la position des instances européennes à leur égard sur ce point, alors même que, contrairement au PIDCP²⁹³³, la Convention européenne ne consacre pas textuellement « *un droit à des conditions de détention déterminées* »²⁹³⁴ : dès 1962, la Commission EDH a reconnu les conditions de détention comme potentiellement passibles de la protection de l'article 3²⁹³⁵. Et depuis l'arrêt « *KUDLA c/ Pologne* » du 26 octobre 2000, cette protection par ricochet est devenue une protection directe, par extension d'origine prétorienne du champ d'application de l'article 3²⁹³⁶. En outre, apparaît « *un durcissement [...] dans l'appréciation des atteintes portées aux droits de l'Homme* »²⁹³⁷ se manifestant par la disparition, sur ce point, de l'exigence « [...] *d'une volonté, d'une intention d'humilier ou de provoquer des souffrances.* ». En conséquence, ce sont des situations dans lesquelles les personnes sont placées ou des traitements qu'elle subissent qui objectivement, par eux-mêmes, sont inacceptables. Ce qui est vrai des conditions de détention se retrouve pour l'appréciation de l'incompatibilité entre l'état de santé d'un détenu et son maintien en détention.

Reste que, dans un contexte punitif, la Cour ne cherche pas non plus à vider la peine telle qu'instaurée dans les pays européens de son sens, son objectif n'est pas d'en rendre l'exécution impossible. Elle tient simplement à leur conserver un caractère humain²⁹³⁸. En conséquence, elle

aux circonstances qui les ont occasionnées. En l'espèce, le caractère nécessaire du recours à la force, en tout cas dans ces proportions, n'est pas établi.

²⁹³⁰ Ainsi en est-il, par exemple, dans l'arrêt 13/10/2005, « *MOGOS c/ Roumanie* », req. n°20420/02, (§ 100), cité par B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, pp. 60-61. Il est à noter cependant que cet arrêt ne traite pas directement de détenus mais d'apatrides placés de force dans le centre de transit de l'aéroport international de Bucarest.

²⁹³¹ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 57

²⁹³² Cf. *supra*, ses critères d'appréciation.

²⁹³³ Article 10, § 1 et cf. les explications de Frédéric SUDRE à propos de cette protection dans son manuel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 318

²⁹³⁴ Expression de Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 318

²⁹³⁵ Décisions Comm. EDH, 8/3/1962, « *Ilse KOCH c/ RFA* », ou encore Comm. EDH, 9/5/1977, « *X c/ Suisse* ». Rappelons en outre que les RPE, présentes depuis 1973 dans le droit non contraignant du Conseil de l'Europe et régulièrement « rafraîchies », qui déclinent pour leur part ce problème en différents thèmes (santé, conditions matérielles etc), ont une forte valeur morale et sont une référence privilégiée pour le Cour EDH.

²⁹³⁶ Cf. arrêt Cour EDH, 26/1/2000, « *KUDLA c/ Pologne* », req. n°30210/96. : « [...] l'article 3 de la Convention impose à l'Etat de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis » (§ 94).

²⁹³⁷ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 67

²⁹³⁸ Ainsi, elle considère l'isolement absolu comme outrepassant les conditions nécessitées par la sécurité et contraire à l'article 3. Cf. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 321

veille à s'assurer que les faits ou situations contestées entraînent « [...] *des souffrances allant au-delà de celles inhérentes à une peine légitime* »²⁹³⁹, la Cour subordonnant jusqu'à présent ses condamnations au critère des « effets cumulatifs », un critère propre au contentieux concernant les conditions de détention : elle ne condamne un Etat que dès lors que plusieurs éléments s'additionnent pour aboutir à une situation qu'elle juge alors réellement inacceptable²⁹⁴⁰. En matière de conditions d'incarcération, l'appréciation redevient donc relative, assise en premier lieu sur le contexte singulier de la peine de prison²⁹⁴¹ et, comme l'analyse Béatrice BELDA, le critère des « effets cumulatifs » permet à la Cour Européenne de temporiser « [...] *son dynamisme interprétatif consistant [...] à supprimer l'exigence relative au caractère intentionnel de l'acte prohibé par l'article 3 [...]* »²⁹⁴². Néanmoins, un plancher peut être atteint et permettre au juge européen de condamner l'Etat sur un seul motif : tel est le cas lorsque l'espace personnel laissé au détenu est trop restreint, de manière flagrante -pour reprendre l'expression de la Cour-, par rapport à ce qui est acceptable dans le cadre de l'article 3²⁹⁴³.

C'est dans une optique proche de cette recherche d'effets cumulatifs qu'il faut comprendre la jurisprudence sur les rotations de sécurité : la Cour se réfère au contexte, à la personnalité et au comportement du détenu pour juger de leur pertinence : si les transfèrements à répétition ont ainsi contribué à la condamnation, sur la base de l'article 3, de l'Etat français pour Cyril KHIDER²⁹⁴⁴, le juge européen a par contre reconnu comme valables les arguments du Gouvernement justifiant l'attitude de l'administration pénitentiaire concernant Pascal PAYET, multirécidiviste de l'infraction d'évasion de ses lieux de réclusion²⁹⁴⁵.

²⁹³⁹ B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, *op. cit.*, 2007, p. 83

²⁹⁴⁰ Ainsi cf. ses décisions du 6/3/2001, « *DOUGOZ c/ Grèce* », req. n° 40907/98, § 42 à 49, du 15/7/2002, « *KALACHNIKOV c/ Russie* », req. n° 47095/99, § 92 à 103 ou encore Cour EDH, Gr. Chb, 8/7/2004, « *ILASCU et autres c/ Moldova et Russie* », req. n° 48787/99, § 424 à 442 ainsi que 443 à 454. C'est ce qu'on retrouve encore appliqué dans l'arrêt « *KHIDER c/ France* » du 9/7/2009, préc., où la Cour conclut à la violation de l'article 3 CEDH, en l'espèce en la forme d'un traitement inhumain et dégradant, du fait non seulement du cumul de transfèrements répétés d'établissements pénitentiaires, d'un placement en régime d'isolement à long terme et de fouilles corporelles intégrales régulières sur sa personne, mais aussi de leur répétition. Sans compter que l'existence de transferts répétés l'a amené à se montrer d'autant plus sceptique sur la réelle nécessité des mesures d'isolement (§ 122) et que les fouilles intégrales ont été considérées d'autant plus injustifiées et dégradantes qu'elles étaient perpétrées sur un individu soumis à de fortes contraintes sécuritaires dans le cadre de son régime de détention et mis en souffrance psychologique par les transferts et l'isolement dont il était l'objet (§ 129-130). De même dans l'arrêt « *Virginie RAFFRAY TADDEI c/ France* » du 21/ 12/2010 (req. n° 36435/07) à propos d'une femme anorexique détenue dans des établissements n'offrant jamais de suivi spécialisé en rapport avec ses troubles alimentaires et ses carences nutritionnelles, doublés d'un syndrome de Münchausen, ayant connu un nombre non négligeable de transferts malgré son état de vulnérabilité évident et ayant eu à subir une incertitude prolongée concernant sa demande de remise de peine due à des raisons de compétence territoriale, conséquence indirecte d'un nouveau transfert.

²⁹⁴¹ Ainsi, les souffrances alléguées doivent « [...] *aller au-delà de celles que comporte inévitablement une [...] peine légitime* » (Cour EDH, 7/7/1989, « *SOERING c/ Royaume-Uni* », req. n°14038/88, § 100 ; et, dans le même sens, Cour EDH, 25/4/1978, « *TYRER c/ Royaume-Uni* », préc., § 30)

²⁹⁴² B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, *op. cit.*, 2007, p. 88

²⁹⁴³ Ainsi la Cour EDH a-t-elle condamné l'Etat italien sur le seul motif d'un manque d'espace personnel « *flagrant* », expliquant que si « [...] *la Cour ne saurait donner la mesure, de manière précise et définitive, de l'espace personnel qui doit être octroyé à chaque détenu aux termes de la Convention, cette question pouvant dépendre de nombreux facteurs, tels que la durée de la privation de liberté, les possibilités d'accès à la promenade en plein air ou la condition mentale et physique du prisonnier [...], [i]l n'en demeure pas moins que dans certains cas le manque d'espace personnel pour les détenus était tellement flagrant qu'il justifiait, à lui seul, le constat de violation de l'article 3. Dans ces cas, en principe, les requérants disposaient individuellement de moins de 3 m² [...]* » (Cour EDH, 16/7/2009, « *SULEJMANOVIC c/ Italie* », req. n°22635/03, § 40 et 41). Or dans bien des cas, et notamment dans les derniers arrêts de droit interne français condamnant l'Etat à indemniser des détenus pour les conditions de vie subies en prison, les surfaces imparties auxdits détenus étaient inférieures à ce plancher fixé par la Cour EDH (cf. par exemple CAA Nantes, 28/10/2010, « *Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Messieurs Anthony PEREIRA GUIMARAES, Sébastien MENARD et Roger GAUTHIER* », préc.)

²⁹⁴⁴ La cour jugeant que d'une part, dans cette espèce, cette accumulation de quatorze transfèrements sur sept ans ne se justifiait plus « [...] *au fil du temps [...]* » eu égard au comportement du condamné et alors que le requérant a montré des signes de souffrances psychologiques que ces transferts répétés ont pu aggraver, sans compter que matériellement, ils ont été des obstacles à la mise en place d'un suivi médical psychologique correct. Dès lors, la Cour conclut sur ce point n'être « [...] *pas convaincue qu'un juste équilibre ait été ménagé par les autorités pénitentiaires entre les impératifs de sécurité et l'exigence d'assurer au détenu des conditions humaines de détention* ». (Cf. arrêt Cour EDH, 9/7/2009 « *KHIDER c/ France* », préc., § 108 à 112 et notamment § 110 à 112)

²⁹⁴⁵ Arrêt Cour EDH, 20/01/2011, « *Pascal PAYET c/ France* », préc., § 57 à 64

■ 2. L'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé

L'étude de l'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé, défendue par les articles 4 de la CEDH comme de la DUDH, l'article 8 du Pacte international des droits civils et politiques, l'article 5 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE et dans nombre de conventions spéciales à dimension mondiale²⁹⁴⁶ semble pour sa part pouvoir être rapidement évacuée dans le contexte de l'hospitalisation sous contrainte : les patients peuvent aujourd'hui être amenés à travailler dans un cadre ergothérapique, bien défini et encadré. S'ils peuvent éventuellement être encouragés à aider les agents de service sur des tâches minimales telles que la mise de la table ou la vaisselle, il faut saluer ici la volonté de réinsertion de la personne dans la vie courante, à lire également comme de l'entraide n'atteignant en rien une exploitation « [...] *sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré* »²⁹⁴⁷. La notion de travail forcé appelle en effet nécessairement une situation de « [...] *contrainte physique et morale* »²⁹⁴⁸ qui n'a jamais été dénoncée dans le cadre psychiatrique actuel. Cette absence de dénonciation, y compris journalistique, à notre connaissance, peut sembler faire foi de l'absence de ce type de pratique dans une institution publique (service confié à des établissements publics ou privés mais cautionnés par l'Etat), dans le cadre d'une société libérale et de droit telle que l'Etat français.

Concernant le cadre carcéral, il est fait renvoi aux développements précédents à propos du droit au travail ; on ne peut en aucun cas parler de travail forcé ou d'esclavage.

■ 3. Le droit à la vie

Le droit à la vie²⁹⁴⁹ paraît d'une approche plus délicate dans le contexte psychiatrique, non qu'il soit permis d'attenter, sous quelque forme que ce soit, aux jours des patients, mais car la problématique suicidaire y est banale ; or elle s'avère complexe à gérer sur le plan des droits de la personne et des devoirs de l'Institution. Acte contre nature par excellence pour les uns, -puisque auto-anéantissement définitif par l'individu de toutes ses potentialités connues en tant qu'être humain-, liberté suprême pour d'autres, - parfois même la dernière dans des cas d'emprise absolue du corps de l'individu par la maladie ou par des phénomènes extrinsèques -, le suicide apparaît aujourd'hui reconnu comme une liberté plus qu'un droit, pour paraphraser le docteur Pierre LAMOTHE²⁹⁵⁰ : ne figurant plus au titre des actes sanctionnés pénalement dans le droit français ni européen, sa revendication en tant que droit individuel reconnu en parallèle au droit individuel à la vie a été rejetée par la Cour Européenne des droits de l'Homme dans son fameux arrêt « *PRETTY c/ Royaume-Uni* » de 2002²⁹⁵¹.

L'espoir et la mort sont les deux esquives offertes à l'Homme face à l'absurdité de la vie selon CAMUS²⁹⁵². Peut-être est-ce sur cette souche philosophique que se fonde la psychiatrie pour garder foi en sa lutte contre le suicide, reconnu d'abord, dans la majorité des cas, comme une souffrance psychique, voire un appel à l'aide, que la mission même du soignant est d'entendre et de prendre en charge. Dans tous les cas, pour le psychiatre, comme, de manière plus générale, pour tout soignant en psychiatrie, la problématique du suicide prend également une résonance déontologique particulière, son métier l'amenant à louvoyer entre liberté de la personne et lutte pour la vie contre la maladie. Plus juridiquement, le droit à la vie est érigé en « *premier des droits*

²⁹⁴⁶ Convention de Genève du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage, Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 20 mars 1950, Conventions de l'OIT n° 29 concernant le travail forcé du 28 juin 1930 et n° 105 concernant l'abolition du travail forcé du 25 juin 1957, Convention internationale des droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 etc.

²⁹⁴⁷ Définition du « *travail forcé ou obligatoire* » issue de la Convention n° 29 de l'OIT (article 2 §1) et reprise par la jurisprudence européenne pour expliciter les termes de l'article 4 CEDH (arrêt Cour EDH, 23/11/1983, « *Van der MUSSELE c/ Belgique* », req. n°8919/80).

²⁹⁴⁸ arrêt Cour EDH, 26/7/2005, « *SILLADIN c/ France* », req. n°73316/01

²⁹⁴⁹ Articles 2 § 1 de la CEDH, 3 de la DUDH, 6 § 1 du PIDCP, 2 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE

²⁹⁵⁰ I. OMELIANENKO et F. TESTE, *De grandes Traversées*, « Voyages en psychiatrie », France-Culture, 7/8/2006

²⁹⁵¹ Arrêt Cour EDH, 29/4/2002, « *PRETTY c/ Royaume-Uni* », req. n°2346/02 : « [...] L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie. » (§ 39)

²⁹⁵² Cf. A. CAMUS, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, coll. « folio essais », 1942, 187 p.

de l'Homme »²⁹⁵³, la « [...] valeur suprême dans l'échelle [de ces droits] au plan international »²⁹⁵⁴, étant effectivement la première « [...] condition nécessaire à l'exercice de tous les autres droits »²⁹⁵⁵. Il semble impossible de courir le risque de voir ce droit remis en cause pour des raisons autres que les exceptions très restrictives reconnues par les textes officiels.

En conséquence, forme d'application du principe de précaution, il est fait obligation à l'institution d'éviter les suicides. Dans une enceinte médicale, cette volonté de se donner la mort doit être vue au prisme de la pathologie ; dès lors, laisser un patient se suicider délibérément sera la manifestation d'une non-assistance à personne en danger, passible du Code pénal²⁹⁵⁶. Les soignants sont tenus à une sollicitude de tous les instants face à ces personnes en état de fragilité ; une obligation de surveillance, prenant la forme d'une obligation de moyen entendue de façon particulièrement rigoureuse par le juge à la charge de l'établissement de soins²⁹⁵⁷. Le droit français, comme celui européen, préfère risquer de bafouer une liberté de l'individu plutôt que de risquer de voir violer le droit à la vie de ce même individu. Et ainsi, du même coup, le patient est protégé contre des éventuels mauvais traitements, erreurs médicales, attaques par d'autres patients (voire, pourquoi pas, par des visiteurs ou des intrus), car la règle est d'application générale : l'institution a une obligation positive de protéger la vie des patients qu'elle accueille.

On retrouve ces obligations positive et négative pour les détenus, quoique leurs fondements aient vraisemblablement davantage à voir, dans ce second cas, avec la méfiance envers un manque d'attention de la part des autorités à l'égard des prisonniers dont elles ont la charge, voire même avec la prévention de toute violence illégitime perpétrée par les représentants de l'ordre dans un climat aisément conflictuel. Ainsi, dans ce contexte, comme pour l'article 3, la Cour étend la protection de l'article 2 au-delà de la lettre-même des termes utilisés dans cette disposition de la Convention, ouvrant cette fois encore son applicabilité. Ainsi, elle ne s'arrête plus au caractère intentionnel de la mort donnée, comme elle ne se refuse plus à octroyer cette protection alors même que la mort ne serait pas, ou pas certaine²⁹⁵⁸. L'article 2 semble dès lors vidé d'une partie de son sens, modifié plus que simplement traduit pour le contexte sociétal moderne, et ce de manière purement téléologique. La Cour tient ainsi à obliger ces autorités à se montrer réellement attentives au traitement de ces individus dont elle a la garde et fait entrer sous le coup de cette protection « [...] des situations non prévues à l'origine dans la Convention pouvant survenir lors de la privation de liberté et portant atteinte à leur vie. »²⁹⁵⁹. En conséquence, désormais, des homicides involontaires de détenus, perpétrés par des agents de l'Etat au cours de la détention peuvent tomber sous le coup de l'article 2. Encore une fois, seul le caractère nécessaire de ce recours mortel à la force peut permettre d'éviter à l'Etat une condamnation sur ce chef.

Le juge européen ne s'arrête pas en si bon chemin, découvrant, au-delà de cette obligation négative de ne pas porter atteinte à la vie des détenus, des obligations positives, d'une part de prévenir des risques d'atteintes à la vie de ces individus, émanant du comportement des autorités mais aussi du détenu lui-même, d'autre part de protection de la vie de ces personnes. Dans les deux cas, la Cour reconnaît un effet horizontal en sus du logique effet vertical de chacune de ces obligations positives. Autrement dit, les autorités étatiques compétentes sont tenues de préserver le

²⁹⁵³ F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit., 2008, p. 292

²⁹⁵⁴ Arrêt Cour EDH, 22/3/2001, « STRELETZ, KESSLER et KRENTZ c/ Allemagne », § 87 et 94

²⁹⁵⁵ F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit., 2008, p. 294

²⁹⁵⁶ Article 223-6 du Code pénal et, spécifiquement, pour les médecins, article R. 4127-9 du Code de la santé publique (article 9 du Code de déontologie médicale)

²⁹⁵⁷ Cf. J. COELHO, « Responsabilité du fait du suicide de patients psychiatriques en hospitalisation libre : quelle obligation de surveillance ? », *AJDA*, 2008, pp. 441-445 (quelques indications figurent dans cet article sur le régime de responsabilité concernant les patients hospitalisés sous contrainte)

²⁹⁵⁸ Il s'agit des situations bien précises des disparitions forcées d'individus et de perpétrations de « sévices « potentiellement mortels » », ce second cas permettant de créer un nouvel échelon sur la règles des traitements inhumains, au-delà de la torture. Ces deux phénomènes concernent en réalité quasi exclusivement la Turquie. Nous n'en traiterons donc pas ici. (cf. B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, pp. 43-51).

²⁹⁵⁹ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 41

détenu également contre les risques ou les atteintes portées par des tiers, les codétenus. En effet, c'est bien la privation de liberté qui place le détenu dans une situation de vulnérabilité plus grande qu'à l'extérieur et en rapport avec ces individus potentiellement dangereux pour lui. Il est vrai qu'en ouvrant le sens de l'article 2 au-delà de ses mots pris littéralement, la Cour aboutit, avec ces obligations positives d'origine prétorienne, à la reconnaissance et à la protection d'un droit à la vie pris dans l'intégralité de son sens.

La question du suicide ressurgit, méritant d'être traitée à part. S'affronte en effet, d'un côté, l'obligation de protection de la personne, *a priori* en sa faveur et, on l'a vu, conçue surtout pour contraindre les autorités étatiques à l'effectivité de cette protection, de l'autre l'autonomie de la personne, reconnue également par les instances européennes. Une position idéologique actuelle, dans sa ferveur à réduire le nombre de cas d'autolyses en détention, semble défendre le caractère sacré de la vie, appelant dès lors l'Etat à prendre les précautions nécessaires dans un contexte que l'on sait, de notoriété publique et scientifique, fortement attentatoire au psychisme. On pourrait aller plus loin et considérer qu'une personne placée en prison n'est plus réellement maîtresse d'elle-même et de ses émotions sur ce plan, que sa volonté sera corrompue par cette situation difficile à supporter psychologiquement, qu'en conséquence l'autonomie de la volonté serait un principe momentanément inopérant. La Cour ne va pas si loin : d'une part, elle refuse d'évacuer le concept d'autonomie de la volonté, qu'elle préserve au contraire si l'on en croit le juge Françoise TULKENS²⁹⁶⁰, d'autre part elle précise qu'il ne faut pas lire cette obligation comme absolue, contraignant les autorités à « [...] empêcher toute violence potentielle. »²⁹⁶¹. Au contraire, développe-t-elle, « [...] il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, en tenant compte [notamment] [...] de l'imprévisibilité du comportement humain et des choix opérationnels à faire en terme de priorités et de ressources. Dès lors, toute menace alléguée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. »²⁹⁶². La Cour tente de concilier ainsi les exigences contradictoires entre les difficultés consubstantielles aux missions des autorités pénitentiaires, la protection de la vie de la personne détenue et la préservation de son autonomie individuelle, cette dernière garantissant le maintien de son statut de personne reconnue en tant que telle, une garantie symboliquement importante : la condition de détenu ne lui aliène pas ce premier statut. On retrouve cette exigence d'attention dans l'obligation de moyen posée par l'article 16 du nouveau Code de déontologie du service public pénitentiaire au personnel pénitentiaire : selon ses termes, les agents doivent « [...] pren[dre], dans les cadre de [leur] mission, toute mesure tendant à la sauvegarde de la vie et de la santé des personnes qui [leur] sont confiées, notamment en faisant appel, en tant que de besoin, au personnel de santé. »²⁹⁶³.

Les deux conditions cumulatives requises pour que la défaillance de l'Etat soit juridiquement reconnue par le juge européen consistent en la preuve que les autorités compétentes « [...] savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu donné était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie »²⁹⁶⁴ et qu'elles n'ont pas pris, « [...] dans le cadre de leurs pouvoirs [...] »²⁹⁶⁵ les mesures adéquates et raisonnables pour pallier ce risque, étant entendu que l'exigence restait de l'ordre de l'obligation de moyen et non de résultat. Béatrice BELDA conclut, au vu de la jurisprudence européenne, à la grande difficulté de rassembler ces deux conditions et d'obtenir une condamnation des autorités étatiques sur le motif d'une défaillance concernant l'obligation de

²⁹⁶⁰ « La Cour Européenne [...] a pris soin de limiter « l'obligation de l'Etat de protéger la vie des détenus aux « mesures de précautions générales [qui] peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle ». », (B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, op. cit., 2007, p. 94, citant elle-même F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », dans Mélanges en hommage au doyen G. COHEN-JONATHAN. Liberté, justice, tolérance, Bruxelles, Bruylant, p. 1619).

²⁹⁶¹ Arrêt Cour EDH, 22/11/2005, « *Belkiza KAYA et autres c/ Turquie* », req. n°33420/96 et 36206/97, § 78

²⁹⁶² Arrêt Cour EDH, 22/11/2005, « *Belkiza KAYA et autres c/ Turquie* », préc., § 78

²⁹⁶³ Article 16 du décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 « portant Code de déontologie du service public pénitentiaire »

²⁹⁶⁴ Arrêt Cour EDH, 22/11/2005, « *Belkiza KAYA et autres c/ Turquie* », préc., § 78

²⁹⁶⁵ Arrêt Cour EDH, 22/11/2005, « *Belkiza KAYA et autres c/ Turquie* », préc., § 78

prévention des atteintes à la vie²⁹⁶⁶.

■ 4. Le droit au respect de la dignité humaine

Le principe de dignité humaine est un principe de formulation explicite récente en droit français²⁹⁶⁷, mais un concept d'essence philosophique avant d'être juridique vieux de plusieurs siècles. Ressurgi avec vigueur suite à la barbarie nazie, il connaît une présence croissante dans le droit européen et international²⁹⁶⁸ et reste toujours aussi insaisissable sur le plan de sa définition précise. Reconnu comme « [...] *principe d'intelligibilité de l'ensemble des droits fondamentaux* [...] »²⁹⁶⁹, véritable principe matriciel²⁹⁷⁰, parfois au point d'être considéré à l'origine de tous les autres²⁹⁷¹, il reste néanmoins « [...] *de l'ordre de l'indicible* [...] »²⁹⁷² : il est ce qui fait que l'Homme dans toute sa diversité est Homme, participe de l'essence humaine. Il est de ces principes qui sont leur origine à eux-mêmes, un axiome qui « [...] *ne peut être qu'un donné et non pas [...] un construit* »²⁹⁷³. Mais, inaliénable, la dignité, en tant qu'attribut personnel reconnu à chaque individu²⁹⁷⁴, est aujourd'hui invoquée dans toutes les causes, au risque de galvauder une notion qui devrait rester d'un maniement extrêmement prudent étant donné la valeur dont elle est porteuse²⁹⁷⁵.

Le droit du patient au respect de sa dignité est expressément rappelé par la loi du 27 juin 1990, dans un article²⁹⁷⁶ concernant spécifiquement les personnes hospitalisées sous contrainte. Ce droit n'a été inscrit avec une portée plus générale que douze ans après à l'article 1110-2 du Code de la Santé Publique²⁹⁷⁷. En psychiatrie, le respect de la dignité du patient entre en résonance avec le type de soins délivrés, nécessitant parfois de passer outre, - et qui plus est de manière musclée -, le consentement du patient, un consentement généralement défini comme la manifestation même de

²⁹⁶⁶ Même dans l'arrêt KEENAN, la Cour ne reconnaît pas de faute de l'Etat eu égard aux mesures prises par rapport à ce que les autorités « [...] *auraient raisonnablement dû prendre* [...] », et ce alors même que le détenu défunt, « [...] *psychologiquement défaillant* », avait été placé en isolement au titre d'une sanction disciplinaire, ce qui avait « [...] *[accru] son angoisse et son stress* [...] », dans une cellule dont le signal d'alarme sonore ne fonctionnait pas. (arrêt Cour EDH, 3/4/2001, « KEENAN c/ Royaume-Uni », req. n° 27229/95, et l'analyse de B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit. 2007, p. 97)

²⁹⁶⁷ Sur un plan général, c'est en 1994 seulement que le principe de dignité humaine a été inscrit dans un nouvel article 16 du Code civil qui lui est réservé, *via* la première loi de bioéthique (n° 94-653) du 29 juillet 1994 et qu'il a été constitutionnalisé, par la décision du Conseil Constitutionnel n° 94-343-344 DC du 27/7/1994 dite « Lois de bioéthique », relative aux mêmes lois.

²⁹⁶⁸ Préambule de la Charte des Nations-Unies signée le 26 juin 1945 à San Francisco, article 1er de la DUDH, préambule commun aux deux pactes internationaux de 1966, article 5 de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, article 5 de la Convention américaine des droits de l'Homme et rappelé dans de nombreuses conventions traitant d'un sujet spécifique tel que la médecine ou le génome humain. (Ainsi, par exemple, Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite « Convention d'Oviedo » du 4 mai 1997). La CEDH ne la mentionne pas expressément mais dans les arrêts « C.R. c/ Royaume-Uni » (§ 42) et « S.W. c/ Royaume-Uni » (§ 44) du 22 novembre 1995, la Cour Européenne a précisé que « [...] *le respect de la dignité et de la liberté humaines* » sont « *l'essence même* » des « *objectifs fondamentaux de la Convention* ». Egalement Arrêt 29/4/2002, « PRETTY c/ Royaume-Uni », préc., § 65. La Charte des Droits Fondamentaux de l'UE l'inscrit, pour sa part, dès son premier article, la déclarant « *inviolable* ».

²⁹⁶⁹ D. ROUSSEAU, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 69

²⁹⁷⁰ Cf. notamment, B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 1995, p. 211 ; E. MONDIELLI dans J. FIALAIRE et E. MONDIELLI, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, coll. « Universités droit », 2005, p. 190 ; M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, p. 287

²⁹⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, « Dignité humaine », op. cit., 2008, p. 287

²⁹⁷² *Idem* p. 287

²⁹⁷³ François BORELLA reprenant une distinction de François GENY (F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », dans Ph. PEDROT (dir), *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Ch. BOLZE*, Paris, Economica, 1999, p. 37)

²⁹⁷⁴ La dignité recouvrant également une dimension objective, devenant un « *concept absolu* » défendue notamment par Patrick FRYDMAN dans ses conclusions (suivies) sur l'arrêt « Commune de Morsang-sur-Orge » du 27 octobre 1995 (cf. conclusions reproduites à la RFDA 1995, notamment p. 1209).

²⁹⁷⁵ C'est aussi ce que remarque Muriel FABRE-MAGNAN, dans son article « Dignité humaine », op. cit., 2008, p. 287

²⁹⁷⁶ Aujourd'hui L. 3211-3 CSP

²⁹⁷⁷ Par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ».

l'autonomie de l'individu. Dès lors, le respect de la dignité du patient impose que chaque mesure prise, notamment contraignante, soit réfléchie et toujours exactement proportionnée à la nécessité d'agir, qu'une attention particulière soit portée à sa révision dès que la nécessité d'un caractère particulièrement attentatoire aux droits et à l'intégrité d'une personne n'est plus aussi prégnante. Mais au-delà, le respect de la dignité du patient impose de l'accueillir et de le faire jouir de conditions de vie correctes durant son hospitalisation, dans des endroits propres, sains et vivables, où il sera considéré comme un être humain à part entière, où son intimité sera préservée, dans toute la mesure du possible, et que, hormis motif impérieux, il ne sera pas placé dans des situations humiliantes ou dégradantes, notamment à ses yeux. Des détails importants tels que lui permettre de s'habiller et non de l'obliger à rester en pyjama participent de ce respect ; la Charte de l'utilisateur en santé mentale n'exprime ainsi pas autre chose et devrait être davantage divulguée et mise à profit par l'institution. Ce type de règles maintenant la personne dans une position d'infériorité symbolique, par le vêtement en l'espèce, est d'ailleurs un exemple éclatant des pratiques non pertinentes maintenues sur de faux alibis médicaux ou de sécurité qui ne tiennent plus en règle générale^{2978 2979}.

Concernant le monde carcéral, dans la théorie, la mise en prison ne peut effacer cet attribut inaliénable des personnes détenues. Le respect de ce principe doit même sous-tendre l'action des autorités pénitentiaires, en bonne intelligence avec la nécessité de sécurité. Ce qui est vrai en droit interne, ce « *droit à la dignité* »²⁹⁸⁰ apparaissant déjà dans les principes tirés de la Réforme AMOR de 1945²⁹⁸¹ et étant expressément affirmé pour le cadre pénitentiaire à l'article D. 189 du Code de procédure pénale, l'est également en droit international : ainsi, l'une des thèses défendues par Béatrice BELDA dans son travail de doctorat pose le respect de la dignité humaine du détenu comme « [...] *l'enjeu fondamental* [...] »²⁹⁸² orientant l'interprétation et l'application subséquente des articles 2 et 3 de la CEDH, notamment, par le juge européen dans le cadre de la privation de liberté. Ainsi, par exemple, l'applicabilité automatique de l'article 3 propre à ce contexte est subordonnée à l'existence d'une atteinte portée à la dignité de la personne détenue, sachant que depuis l'arrêt « *RIBITSCH c/ Autriche* », la Cour estime qu'« [...] *à l'égard d'une personne privée de liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3.* »²⁹⁸³.

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 n'a pu faire l'économie de l'affirmation au titre de principe axiomatique du droit pénitentiaire du respect de la dignité de la personne détenue. L'article 22 ouvre ainsi avec lui le chapitre de la loi portant sur les droits et devoirs des détenus. Mais comme le souligne Martine HERZOG-EVANS, c'est dans une posture singulière que ce principe est présenté dans cet article, et faisant l'entrée de jeu : il est immédiatement flanqué d'une longue série de motifs de restrictions possibles – « [...] *[l]es contraintes inhérentes à la détention, [le] [...] maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, [...] la prévention de la récidive et [...] la protection de l'intérêt des victimes* ». La démarche est malhabile, elle renvoie au principe d'« affirmer pour mieux restreindre » qui amène toujours la suspicion sur la volonté véritable du

²⁹⁷⁸ Ainsi est quasi immanquablement avancée la nécessité de faire mettre le patient en pyjama avant de le placer en cellule d'isolement pour éviter les risques d'autolyse. Règle qui peut laisser dubitatif dans la mesure où, comme à l'Hôpital Saint-Jacques (Nantes), les pyjamas restent en tissu et diffèrent peu de la coupe d'un pantalon ou d'un T-shirt classiques, pouvant ainsi autant être utilisés pour se suicider que les autres vêtements. Quant aux raisons de sécurité qui tiendraient au repérage des patients en fonction de leurs autorisations de sorties, elles ne paraissent pas admissibles mises en balance avec une atteinte à la dignité de l'individu, d'autres solutions moins attentatoires pouvant être trouvées.

²⁹⁷⁹ Le Conseil constitutionnel, sollicité, dans le cadre de la QPC du 24 septembre 2010, également sur la question du respect de la dignité humaine de patients hospitalisés sous contrainte s'est replié derrière la pertinence de l'alinéa 2 de l'article L. 3211-3 CSP, renvoyant les éventuelles atteintes à la dignité à l'ordre de la pratique et donc n'étant pas de son ressort. (décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », [en ligne], préc., cons. 28 et 29)

²⁹⁸⁰ Pour reprendre l'expression de Vincent TCHEN (V. TCHEN, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, 1997, p. 608)

²⁹⁸¹ Le terme n'est, certes, pas employé, mais le 3^e principe, notamment, exige que le traitement soit « [...] *exempt de vexations* [...] ».

²⁹⁸² B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, *op. cit.*, 2007, pp. 30 et s.

²⁹⁸³ Arrêt Cour EDH, 4/12/1995, « *RIBITSCH c/ Autriche* », préc., § 38

législateur derrière sa loi, d'autant qu'ici, la liste est tellement longue et les notions suffisamment larges voire imprécises qu'on est amené à s'interroger sur ce qui n'est pas contenu dans cette liste et qui ne pourra donc être reconnu légal en tant que motif d'une restriction portée au principe. Il est vrai que l'article encadre *a minima* ces restrictions, qui devront tout de même « [...] *tenir compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue*. ». Cela rassure... Ceci dit, la dignité conserve son statut de principe axiomatique du droit pénitentiaire dans la mesure où on en retrouve mention dans plusieurs autres articles de la loi, venant en opposition ou encadrement d'éventuelles atteintes aux droits des détenus : tel est le cas pour l'instauration d'un enfermement en cellules collectives ou pour les examens gynécologiques ou accouchements, pour lesquels les entraves sont interdites et le personnel pénitentiaire contraint à sortir. Dans le premier cas, le respect de la dignité des enfermés doit être assuré et rester la tête de pont de l'organisation de cet encellulement collectif, sur le plan matériel notamment²⁹⁸⁴ ; dans le second, ce respect est le principe-butoir, au nom duquel l'entravement est prohibé et le personnel exclu de la salle d'examen ou de travail²⁹⁸⁵. Et on le retrouve encore dans le nouveau Code de déontologie du service public pénitentiaire, sa plus forte et plus explicite sollicitation dans le cadre des relations entre personnel pénitentiaire et personnes détenues se déployant à l'article 15 : « *Le personnel de l'administration pénitentiaire a le respect absolu des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire et de leurs droits. Il s'interdit à leur égard toute forme de violence ou d'intimidation. Il ne manifeste aucune discrimination. Il ne doit user ni de dénomination injurieuse, ni de tutoiement, ni de langage grossier ou familier.* [...] »²⁹⁸⁶.

L'invocation du principe de dignité humaine est, à l'heure actuelle, particulièrement récurrente concernant les conditions de vie en détention dans les prisons françaises – et tout particulièrement dans les maisons d'arrêt –, le procédé de la fouille intégrale et la mise à l'isolement dans certains cas²⁹⁸⁷. De toute évidence, en effet, la surpopulation endémique des maisons d'arrêt imposant une promiscuité figurant le contraire du droit à l'intimité et des conditions de vie matérielle objectivement contraires à la dignité, l'insalubrité de nombre de ces établissements, vétustes et dégradés, les conditions sanitaires inavouables violent de manière continue ce droit à la dignité des personnes incarcérées. Un tel constat a déjà valu des condamnations à d'autres Etats-membres par la Cour européenne²⁹⁸⁸, l'Etat français venant pour sa part d'être condamné à propos de l'état de vétusté et de dégradation de cellules disciplinaires²⁹⁸⁹. Les juridictions administratives françaises commencent, pour leur part, à se saisir du problème, en acceptant les recours de détenus et même en condamnant l'Etat sur ce motif²⁹⁹⁰.

Cette protection de la dignité humaine du prisonnier ouvre également sur l'obligation de lui fournir les soins médicaux adéquats en temps utile²⁹⁹¹ et là encore, dans le respect de sa dignité, et sur les oppositions à son maintien en détention lorsque son état de santé paraît trop dégradé pour

²⁹⁸⁴ Article 87 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁹⁸⁵ Article 52 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

²⁹⁸⁶ Article 15 du décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 « **portant code de déontologie du service public pénitentiaire** »

²⁹⁸⁷ Cf. sur ce dernier point *supra*, les développements sur l'isolement, pp. 227 et s.

²⁹⁸⁸ Ainsi, par exemple, 6/3/2001, « *DOUGOZ c/ Grèce* », préc. (cf. Particulièrement le § 46) et bien entendu, Cour EDH, Gr. Chb. , 26/10/2000, « *KUDLA c/ Pologne* », préc., tout particulièrement § 94

²⁹⁸⁹ Concernant des cellules disciplinaires de la maison d'arrêt de Fleury-Mérogis, le quartier ayant été entièrement réhabilité depuis, selon le Gouvernement (§ 72). Cf arrêt Cour EDH, 20/01/2011, « *Pascal PAYET c/ France* », préc., § 65 à 85

²⁹⁹⁰ Ainsi, les premières condamnations ont été prononcées dans l'année 2009, comme on a pu déjà l'évoquer *supra*, p. 246 : arrêt CAA Douai, 12/11/2009, « *Garde des Sceaux c/ MM. Paul TURNER, Yannick FREGIER et Mohamed KADOURLI* », préc., confirmant l'ordonnance de référé du 6 mai 2009, ord. n° 0900578, ainsi que CAA Nantes, 28/10/2010, « *Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Messieurs Anthony PEREIRA GUIMARAES, Sébastien MENARD et Roger GAUTHIER* », préc., confirmant entre autres les décisions TA Nantes, 8/7/2009, « *Monsieur Roger GAUTHIER* », req. n° 055547

Toute une série de nouveaux recours ont été engagés, suite à ces succès, en référé, concernant des établissements pénitentiaires à Grenoble, Caen, Clermont-Ferrand, Nouméa etc. (source : A. SALLES, « L'Etat condamné en appel pour les conditions de détention en prison », *Le Monde* du 15/11/2009)

²⁹⁹¹ Cour EDH, 3/4/2001, « *KEENAN c/ Royaume-Uni* », préc. , notamment § 114 à 116

être compatible avec les contraintes inhérentes à la détention^{2992 2993}. Apparaît très nettement dans ce dernier exemple la liaison touchant à la fongibilité entre atteinte à la dignité humaine et traitement inhumain ou dégradant, l'un motivant l'autre.

Concernant les fouilles intégrales, le procédé n'est pas en lui-même rejeté par la Cour européenne mais elle exige des conditions assurant « [...] *le respect de la personne du détenu afin de ne pas « amoindrir sa dignité humaine »* »²⁹⁹⁴. En droit interne, la procédure à suivre pour ces fouilles est fixée par une simple circulaire ministérielle du 14 mars 1986 ; l'article D. 275 du Code de procédure pénale²⁹⁹⁵ – donc un article pris par décret²⁹⁹⁶ – imposant les fouilles des détenus invoquait, depuis le décret du 6 août 1985²⁹⁹⁷, la dignité inhérente à la personne humaine comme limite aux investigations trop intrusives²⁹⁹⁸. Cette circulaire a été déclarée compatible avec l'article 3 de la CEDH, par le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 8 décembre 2000 « *FREROT* »²⁹⁹⁹, « [...] *compte tenu des mesures prévues pour protéger l'intimité et la dignité des détenus et eu égard aux contraintes afférentes au fonctionnement des établissements pénitentiaires* », une appréciation confirmée par la Cour Européenne en 2007. Dans son arrêt, elle refuse sans équivoque de reconnaître les pratiques dénoncées, d'inspections anales visuelles notamment, comme étant, « [...] *d'un point de vue général, inhumaines et dégradantes* »³⁰⁰⁰. Elle condamne par contre, pour le cas d'espèce, le caractère arbitraire de ces fouilles telles que pratiquées à Fresnes³⁰⁰¹ au titre de l'article 3 comme elle sanctionne toute pratique abusive³⁰⁰². La Cour estime en effet que les fouilles intégrales systématiques, « [...] *non justifiées et non dictées par des impératifs de sécurité [...]* » peuvent amener chez le détenu intéressé ce sentiment d'« [...] *être victime de mesures arbitraires [...]* » qui entraîne souvent celui connexe d'infériorité ainsi que de l'angoisse, auxquels vient s'ajouter le sentiment « [...] *d'une profonde atteinte à la dignité que provoque l'obligation de se déshabiller devant autrui et de se soumettre à une inspection anale visuelle [...]* » et que ce cumul « [...] *caractérise [...]* un degré d'humiliation dépassant celui tolérable, parce qu'inéluctable, que comporte inévitablement la fouille corporelle des détenus »³⁰⁰³. Un problème demeure malgré tout, dans le fait que cette circulaire³⁰⁰⁴ est, certes, de toute évidence dotée d'un caractère impératif pour

²⁹⁹² Cour EDH, 14/11/2002, « *MOUISEL c/ France* », req. n° 67263/01, ou Cour EDH, 15/1/2004, « *MATENCIO c/ France* », req. n° 58749/00

²⁹⁹³ Cf. sur le sujet de la protection de la santé, infra, pp. 585-593 ainsi que B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des droits de l'Homme, *op. cit.*, 2007, pp. 106-109

²⁹⁹⁴ F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, *op. cit.*, 2008, p. 321. Cf. arrêts Cour EDH, 24/7/2001, « *VALASINAS c/ Lituanie* », req. n°44558/98 ou 15/11/2001, « *IWANCZUK c/ Pologne* », req. n° 25196/94

²⁹⁹⁵ Abrogé au 29 décembre 2010 et remplacé par les articles R. 57-7-79 à R. 57-7-82 CPP

²⁹⁹⁶ Depuis l'entrée en vigueur des décrets d'application de la loi du 24 novembre 2009, un décret en Conseil d'Etat

²⁹⁹⁷ Décret n° 85-836 du 6 août 1985

²⁹⁹⁸ On notera cependant que cet article ne précise pas la forme que doit prendre la fouille et notamment que certaines peuvent amener le détenu à se dévêtir intégralement.

Cette invocation de la dignité humaine est reprise, dans le cadre des nouvelles dispositions réglementaires, à l'article R. 57-7-81 CPP.

²⁹⁹⁹ Position reprise par la même juridiction dans un arrêt concernant le même détenu en date du 12 mars 2003 (cf. E. PECHILLON, « Mesures d'ordre intérieur et réglementation par voie de circulaire : les limites du contrôle de l'activité pénitentiaire », *Recueil Dalloz*, 2003, n° 24, p. 1585).

³⁰⁰⁰ Les termes soulignés le sont par nos soins. Citation tirée de l'arrêt Cour EDH, 12/6/2007, « *FREROT c/ France* », req. n°70204/01, § 41

³⁰⁰¹ Arrêt Cour EDH, 12/6/2007, « *FREROT c/ France* », préc., et le commentaire de Damien ROETS, « Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *RSC*, 2008, p. 140 et s.

³⁰⁰² Cour EDH, 4/2/2003, « *Van der VEN c/ Pays-Bas* », req. n°50901/99, § 58 à 63 et de la même juridiction, contre le même Etat, trois arrêts du 6/7/2006 « *SALAH* », req. n°8196/02, §57 à 60, « *BAYBASIN* » req. n°13600/02, § 59 à 62 et « *SYLLA* » req. n°14683/03, § 60 à 62 (les deux derniers arrêts sont disponibles uniquement en anglais) et 12/6/2007, « *FREROT c/ France* », préc., § 41 à 48 ainsi que Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc.

³⁰⁰³ Arrêt Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc., § 127, (reprise du troisième alinéa du § 47 de l'arrêt « *FREROT* » précité)

³⁰⁰⁴ Note AP 86-12 G1 du 14 mars 1986, ref. H 41 « relative à la fouille des détenus » appelée couramment « circulaire EZRATTY », du nom de la Directrice de l'Administration Pénitentiaire de l'époque.

les agents³⁰⁰⁵, mais demeure non-opposable aux usagers, en l'occurrence les détenus, dans la mesure où elle n'est pas publiée³⁰⁰⁶. La loi du 24 novembre 2009 ne vient pas abroger ce texte réglementaire, qui demeure l'exposé explicatif de la procédure purement factuelle, mais encadre enfin légalement les fouilles intégrales, en reconnaissant leur insertion dans un *corpus* de conditions et contraintes non novatrices eu égard aux termes des arrêts du Conseil d'Etat et de la CEDH³⁰⁰⁷, mais qui nécessitaient d'être inscrites dans le marbre législatif français³⁰⁰⁸. Elles ne peuvent ainsi être mises en oeuvre que si tout autre procédé d'investigation moins intrusif, c'est-à-dire les fouilles par palpation ou les moyens de détection électronique, s'avèrent insuffisants³⁰⁰⁹, et elles doivent être nécessairement dûment justifiées soit par « [...] *la présomption d'une infraction* [...] », soit par « [...] *les risques que le comportement des personnes détenues fait courir à la sécurité des personnes et au maintien du bon ordre dans l'établissement.* »³⁰¹⁰. Il faut enfin que « [...] *leur nature et leur fréquence so[ie]nt strictement adaptées à ces nécessités* [ci-avant mentionnées] *et à la personnalité des personnes détenues.* »³⁰¹¹. On notera ainsi qu'il n'est plus expressément indiqué dans le Code que de telles fouilles doivent être nécessairement effectuées à leur arrivée dans l'établissement et « [...] *chaque fois qu'ils en sont extraits et y sont reconduits pour quelque cause que ce soit* [...] »³⁰¹², ou encore avant et après chaque parloir, comme cela était indiqué dans l'ancien article D. 275CPP, ou encore avant tout transfèrement ou toute extraction³⁰¹³. Il faudra voir dans quelle mesure ce retrait aura une véritable répercussion dans les habitudes routinières prises, mais on peut constater, dans la conjonction de ces changements à plusieurs endroits du Code, une volonté affirmée de freiner la pratique de cette technique de contrôle si violente, sur le plan psychologique, pour les personnes qui y sont soumises. Tout dépendra, vraisemblablement, de l'appréciation portée par le juge sur justifications apportées par l'administration pour motiver les fouilles intégrales en rapport avec la liste des motifs de l'article R. 57-7-80 CPP. Quelle latitude discrétionnaire laissera-t-il au personnel pénitentiaire, que retiendra-t-il comme valable au titre d'« [...] *éléments permettant de suspecter un risque d'évasion, l'entrée, la sortie ou la circulation en détention d'objets ou substances prohibés ou dangereux pour la sécurité des personnes ou le bon ordre de l'établissement* »³⁰¹⁴ ? Il y a peu d'espoir, par contre, de voir l'administration changer d'elle-même ses habitudes, en tout cas dans les établissements soumis à une plus forte pression sur les personnels comme les maisons d'arrêt. La novation de la loi par rapport à la détaillée circulaire EZRATY porte par contre sur les investigations corporelles internes, investigations que la loi prohibe par principe, mais un principe immédiatement écorné par un exception en cas d'« *impératif spécialement motivé* »³⁰¹⁵. Encore faudra-t-il s'entendre sur le sens

³⁰⁰⁵ Eu égard au discernement du caractère impératif d'une circulaire, cf. F. DONNAT et D. CASAS, « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief ». Note sous l'arrêt CE, 18/12/2002, « *Mme DUVIGNERES* », *AJD*, 2003, p. 488 et P. FOMBEUR, « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief. Conclusions sur Conseil d'Etat, 18 décembre 2002, « *Mme DUVIGNERES* » », *RFDA*, 2003, pp. 287-289

³⁰⁰⁶ Le Conseil d'Etat ne s'y laisse d'ailleurs pas prendre, qui annule la décision de la CAA de Paris pour erreur de droit, cette dernière ayant jugé la mesure de fouille prise sur le fondement de cette circulaire alors que le Conseil d'Etat ravale cette circulaire à sa juste valeur juridique de note d'information, et juge la mesure appuyée sur les articles réglementaires du CPP concernant la fouille corporelle. C'est juger en droit mais, ainsi que le relève Monsieur PECHILLON, se « [...] *coup[er] des réalités d[u] service public* [pénitentiaire] » car de toute évidence, cette note est revêtue d'un caractère impératif, voulu par son auteur autant que ressenti par les agents l'appliquant. (cf. E. PECHILLON, « Mesures d'ordre intérieur et réglementation par voie de circulaire : les limites du contrôle de l'activité pénitentiaire », *op. cit.*, 2003, n° 24, p. 1589)

³⁰⁰⁷ CEDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », préc. et CE, 14/11/2008, « *Monsieur EL SHENNAWY* », req. n° 315622, *RFDA*, janv.-fév. 2009, n°1, pp. 172-173

³⁰⁰⁸ En fait, les décrets d'application de cette loi ont abrogé, au 29 décembre 2010, cette disposition réglementaire mais pour la remplacer par d'autres dispositions également réglementaires, simplement élevées d'un degré dans la hiérarchie normative : les articles R. 57-7-79 à R. 57-7-82 CPP sont en effet issus d'un décret pris en Conseil d'Etat et non d'un décret simple. On notera tout de même l'effort de précision et de plus grande protection entourant cette mesure.

³⁰⁰⁹ Alinéa 2 de l'article 57 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰¹⁰ Alinéa 1er de l'article 57 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰¹¹ Alinéa 1er de l'article 57 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰¹² Texte de l'ancien article D. 275 CPP

³⁰¹³ Modification de l'article D. 294 CPP

³⁰¹⁴ Article R. 57-7-80 CPP

de cette exigence, ce qui pourra constituer cet impératif. Dans tous les cas, la loi encadre strictement ce dernier type de fouilles, exigeant qu'elles ne soient perpétrées que par un médecin n'exerçant pas dans l'établissement pénitentiaire concerné et qui devra être spécialement requis à cet effet par l'autorité judiciaire.

Un écho singulier est donné au respect de la dignité des personnes hospitalisées sous contrainte et des détenus dans la protection renforcée dont elles bénéficient envers l'expérimentation médicale, au titre de personnes particulièrement vulnérables. La question du don d'organe concernant ces mêmes personnes reste par contre en retrait par rapport à ce premier arsenal protecteur.

■ 5. La protection contre les expérimentations médicales sur la personne humaine et la protection dans le cadre du don d'organe³⁰¹⁶

Sur la question des expérimentations sur des personnes humaines dans le cadre de la recherche médicale, la protection des personnes hospitalisées sans leur consentement doit être étudiée sous un double angle d'approche amenant une situation plus complexe que celle des détenus : à la protection qui leur est reconnue en tant que « *personnes privées de leur liberté par une décision administrative* [...] »³⁰¹⁷ il faut ajouter, de manière subsidiaire, celle en faveur des personnes placées sous protection légale³⁰¹⁸, plus ancienne, ce qui permet de constater *in fine* la particulière attention portée à la personne retenue dans un service de psychiatrie, en référence à la crainte des pressions médicales facilitées par la situation d'enfermement dans laquelle elle se trouve.

En effet, le fantôme du statut de cobaye humain auquel avaient été réduits un certain nombre de malades mentaux par les Nazis plane encore sur le droit français et international, au-delà même du Code de Nuremberg qu'il a directement inspiré *a contrario*. Le principe de l'obtention d'un consentement libre et éclairé avant toute intervention médicale, également de filiation directe avec ce code et repris par l'article 7 du PIDCP, est réaffirmé avec d'autant plus de conviction dans le cadre de l'utilisation expérimentale de substances ou procédés médicaux, à visée thérapeutique ou de recherche médicale, que l'efficacité et l'ensemble des effets, éventuellement nocifs, ne sont par définition pas totalement connus ni maîtrisés. Au-delà du risque pris, qui requiert déontologiquement l'information complète du patient, c'est bien, là encore, une forme d'instrumentalisation de la personne qui risque de refaire surface et qui impose dès lors son consentement libre et éclairé. Seul le choix, en pleine conscience, par la personne elle-même de la soumission à ces expériences assure de manière certaine la persistance de la dimension de sujet de ce terrain d'étude humain, le principe de l'autonomie de la volonté permettant de clore de manière à peu près consensuellement admise, la question. L'écueil concernant les malades mentaux émerge donc avec évidence dans un tel cadre, où le consentement règne en maître : *quid* de celui de ces personnes, qui, dans un certain nombre de cas, ne possèdera pas les qualités, incontournables pour que ledit consentement soit valable, de liberté et de pleine conscience de l'acte proposé ? Jusqu'à la loi dite « HURIET » du 20 décembre 1988³⁰¹⁹, aucun texte national ne réglementait de manière globale la matière qui était régie, dès lors, par référence aux textes internationaux mentionnant cette question³⁰²⁰ ; seul l'article 19 de l'ancien Code de déontologie médicale évoquait en effet la

³⁰¹⁵ Alinéa 3 de l'article 57 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰¹⁶ Le droit exposé dans ce paragraphe ne semble pas être remis en cause par la révision des lois de bioéthique actuellement en cours de discussion au Parlement. C'est en tout cas ce qui ressort du texte adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 15 février 2011 et transmis au Sénat.

³⁰¹⁷ Article L. 1121-6 CSP

³⁰¹⁸ Actuel article 1121-8 CSP

³⁰¹⁹ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 « relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales »

³⁰²⁰ Déclaration de l'Association Médicale Mondiale d'Helsinki en 1964 amendée à Tokyo en 1975, celle de l'Association Mondiale de Psychiatrie de Hawaï en 1977, ainsi que le Pacte international des droits civils et politiques en son article 7. Au plan européen, la recommandation R(83) 2 du 22 février 1983 du comité des Ministres du Conseil de l'Europe évoque le problème à l'article 5 §3 et la recommandation 1235 relative à la psychiatrie et aux DH de 1994 rappelle certains principes. La « Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine » de 1997 vient rappeler les mêmes exigences traditionnelles. Ces déclarations posent le principe du consentement libre, éclairé et écrit, révoquant à tout moment. Les personnes atteintes de troubles mentaux étaient parfois plus directement visées, pour faire l'objet soit d'une exclusion de ces expériences, soit bénéficier d'une protection renforcée.

question, en limitant l'autorisation d'expérimentation aux personnes malades susceptibles d'en retirer un bénéfice direct.

La loi HURIET a permis de faire entrer le paramètre de la vulnérabilité de certaines catégories de personnes à l'égard de telles expérimentations et d'instaurer une protection renforcée à leur égard, en conséquence³⁰²¹. La loi s'appuyait en effet sur une échelle à trois degrés dans la protection, la plus basse étant celle de droit commun. Concernant les personnes hospitalisées sous contrainte, elles ne pouvaient participer qu'à des recherches biomédicales « [...] *dont elles peuvent attendre un bénéfice direct et majeur pour leur santé.* ». Elles bénéficiaient ainsi de la protection la plus forte ; l'interdiction en leur faveur était donc plus rigoureuse que celle envers les majeurs incapables pour qui l'expérimentation scientifique était considérée licite dès lors qu'elle « [...] *ne présent[ait] aucun risque sérieux prévisible pour la santé* », qu'elle était « [...] *utile à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap* » et qu'elle « [...] *ne pouv[ait] être réalisée[...] autrement.* »^{3022 3023}. C'est en réalité la privation de liberté, par elle-même, qui suscite un renforcement de protection de la personne indépendamment de sa situation juridique civile, les détenus étant également protégés par cette interdiction la plus stricte³⁰²⁴. La situation d'enfermement est en effet jugée aliénante ou amenant des risques de pression sur les personnes retenues, leur consentement risquant dès lors d'être vicié.

La loi du 9 août 2004 a assoupli les conditions d'expérimentations sur ces personnes privées de liberté, hospitalisées sans leur consentement comme détenues : mettant fin au principe de la nécessité du bénéfice thérapeutique direct, elle impose désormais simplement que le rapport bénéfice/risque leur soit favorable ou que les recherches bénéficient à d'autres personnes placées dans la même situation juridique ou administrative, qu'elles ne puissent pas être menées avec une efficacité comparable sur d'autres catégories de population et que les risques prévisibles et les contraintes gardent un caractère minimal³⁰²⁵. Mais en parallèle, les exigences entourant l'obligation d'information et le recueil du consentement sont renforcées³⁰²⁶ et la nouvelle loi a substitué un régime d'autorisation à celui déclaratif antérieur pour toute recherche biomédicale que l'on souhaite engager^{3027 3028}.

³⁰²¹ Dans le cadre de la recherche thérapeutique, nécessité d'obtention du consentement du représentant légal de la personne si cette dernière est officiellement reconnue comme ne pouvant donner un consentement pleinement conscient, libre et éclairé, refus du bénéfice du principe de l'indemnisation reconnu en faveur des participants à des recherches sans finalité thérapeutique directe, dans l'objectif d'éviter un consentement donné par cupidité par les représentants légaux de ces personnes. Pour ces personnes reconnues incapables, l'expérimentation même sans finalité thérapeutique directe n'est pas interdite mais elle doit ne présenter « [...] *aucun risque sérieux prévisible pour la santé de l'intéressé* », être utile à « [...] *des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie, ou de handicap* » et ne pouvoir être réalisée autrement (ancien article 1121-6 CSP cité par A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme. La protection de la personne malade hospitalisée*, op. cit., 2002, vol. II, p. 221).

³⁰²² Ancien article L. 209-6 CSP devenu l'article 1121-6 CSP

³⁰²³ Sachant que, jusqu'à la loi n° 94-630 du 25 juillet 1994 « modifiant la loi relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales », les majeurs sous curatelle et sous sauvegarde de justice étaient comptés parmi les majeurs capables, la protection renforcée à l'égard, notamment, des incapables, ne bénéficiant donc qu'aux majeurs sous tutelle.

³⁰²⁴ Ancien article L. 209-5 CSP devenu l'article 1121-5 CSP

³⁰²⁵ Article L. 1121-6 CSP. On notera tout de même que l'article D. 363 CPP est resté sur la version ancienne du bénéfice thérapeutique direct mais qu'il renvoie néanmoins à l'article 1121-6 CSP, dans sa rédaction actuelle. Moins qu'un paradoxe, il faut sans doute plutôt y voir un oubli dans les modifications à faire entraînées par la réforme de la loi sur les expérimentations médicales en août 2004, non corrigé depuis.

De même, cette loi du 9 août 2004 a assoupli ces conditions concernant les personnes « *faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer son consentement* », mais de manière moins marquée que pour les personnes hospitalisées sans leur consentement. En effet, désormais, aux termes de l'article 1121-8 CSP, des recherches peuvent être effectuées sur une personne « *faisant l'objet d'une mesure de protection légale ou hors d'état d'exprimer son consentement* », « [...] *si elles ne peuvent l'être avec une efficacité comparable sur une autre catégorie de la population, et à condition soit que le rapport bénéfice/risque soit favorable pour cette personne, soit que ces recherches présentent un bénéfice pour d'autres personnes placées dans la même situation et un risque minimal pour la personne qui s'y prête.* » (D. TRUCHET, « Malades mentaux », *Répertoire civil Dalloz*, 2006, p. 9, n°65)

³⁰²⁶ Articles 1122-1 à 1122-2 CSP

³⁰²⁷ Article L. 1121-4 CSP

Quant aux dons et prélèvements d'organes, la position du droit français concernant les incapables majeurs ne semble pas avoir bougé depuis la loi CAILLAVET³⁰²⁹, contrairement aux fortes modifications de certains principes d'application générale dans ce domaine³⁰³⁰. Ainsi, tout prélèvement d'organe(s) est interdit sur une personne vivante faisant l'objet d'une mesure de protection légale³⁰³¹ et nécessite le consentement écrit du tuteur³⁰³² lorsque la personne est décédée. Le principe de l'interdiction est également adopté pour tous les prélèvements de tissus ou cellules et de produits du corps humain³⁰³³, sang compris³⁰³⁴, sur ces personnes particulièrement protégées. Contrairement aux expérimentations médicales, la personne hospitalisée sous contrainte ne bénéficie donc pas d'un statut particulier dans ce cadre et rentre, pour sa part, dans le droit commun, au même titre que les prisonniers^{3035 3036}.

A côté de ce noyau dur des droits de l'Homme, touchant directement à l'humanité mais aussi à l'intégrité physique et psychique de l'individu, des droits moins tangibles tels que le droit à la sûreté rappellent la valeur donnée à la Liberté, apanage reconnu consubstantiel à l'Homme dans les sociétés libérales modernes.

◇ d) *Le droit à la sûreté* **largo sensu**

Pris dans son acception stricte et originelle, le droit à la sûreté renvoie à la protection contre l'arrestation et la séquestration arbitraire. La garantie de la sûreté pour l'individu appartient donc au socle premier de toutes les autres libertés dans un système libéral (1). Mais pour donner toute son épaisseur à cette reconnaissance fondamentale d'un droit fondateur d'un être libre, il renvoie nécessairement, dans un état de Droit, à la sécurité juridique et au droit au juge (3). De manière plus évidente aussi, et dans ce qu'on peut considérer dans un glissement de sens commun, le droit à la sûreté se rapproche du droit à la sécurité, sécurité physique, psychologique et matérielle, sécurité de l'individu en tant que personne incarnée et située, dans son être et dans ses biens (2).

■ 1. *Le droit à la sûreté stricto sensu, lutte contre la rétention arbitraire*

Le droit à la sûreté appartient, on l'a vu³⁰³⁷, à la liste des quatre «[...] *droits naturels et imprescriptibles de l'homme* » posée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 à son article 2. Il est prolongé notamment par l'article 7 : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux*

³⁰²⁸ Au plan international, le protocole additionnel à la Convention d'Oviedo adopté le 30 juin 2004 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe et entré en vigueur le 1er septembre 2007 mais non signé par la France s'engage sur des principes semblables, qu'il s'agisse des raisons ouvrant possibilité d'expérimentations sur des personnes « *n'ayant pas la capacité de consentir à la recherche* » (Chapitre V du protocole additionnel) ou les obligations d'information (cf. chapitre V et article 20 du protocole additionnel ainsi que l'article 13 pour l'obligation d'information), quoique la loi française soit un peu plus exigeante quant à l'étendue qualitative de ces dernières. Sur un plan plus large, la « Déclaration Universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme » a été adoptée par l'UNESCO le 19 octobre 2005, formant un cadre moins précis

³⁰²⁹ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 « relative aux prélèvements d'organes » (abrogée)

³⁰³⁰ On pense notamment au principe de la présomption de consentement au prélèvement d'organe(s), affirmé par la loi CAVAILLET. La loi de bioéthique n° 94-654 du 29 juillet 1994 a entériné son important infléchissement, consistant, pour le médecin, à rechercher « *le témoignage de la famille* » toute les fois qu'il n'a pas eu directement connaissance de la volonté, et donc notamment de l'approbation du défunt à un tel acte. Cet infléchissement est confirmé par la loi du n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique »

³⁰³¹ Article L. 1231-2 CSP

³⁰³² Article L. 1232-2 CSP

³⁰³³ Article L. 1241-2 CSP

³⁰³⁴ Article 1221-5 CSP

³⁰³⁵ Cf. la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique »

³⁰³⁶ Le don d'organe(s) reste, sur le plan international, peu normé. Les principes élémentaires en la matière figurent dans la « Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine » de 1997 mais il fait surtout l'objet du second protocole additionnel à cette Convention dit Protocole « relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine » adopté le 8 novembre 2001 par le Comité des ministres et entré en vigueur le 1er mai 2006, mais là encore ni signé ni ratifié par la France

³⁰³⁷ Cf. *supra* p. 577

qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; [...] » Il s'agit, en essence, de l'assurance de ne pas être arbitrairement arrêté ni détenu. Le principe est donc que cette assurance de pouvoir jouir de sa liberté individuelle sans entrave ne peut être remise en cause que pour quelques raisons déterminées à l'avance par un texte de valeur législative. Considéré comme un droit à la « [...] *valeur symbolique éminente [...] le plaçant incontestablement à la tête des droits et libertés fondamentaux* »³⁰³⁸, il est repris à l'article 5 de la CEDH, aux articles 3 et 9 de la DUDH, aux articles 9 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 et 6 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE.

Les lois de 1838 puis de 1990 ont organisé successivement tout un arsenal juridique visant à exclure l'arbitraire des décisions d'internement et ainsi assurer cette sûreté personnelle aux patients, même une fois leur hospitalisation sans consentement prononcée. Il en va de même concernant les détenus, le droit pénal et son code de procédure s'évertuant également à organiser un système de privation de liberté d'aller et venir exempt de tout arbitraire sur ce point³⁰³⁹.

On peut néanmoins relever, qu'au delà de cette application première et classique de ce droit dans le cadre psychiatrique, le droit à la sûreté pourrait trouver une application en faveur du patient hospitalisé à l'égard du placement abusif en chambre d'isolement et de l'utilisation des procédés de contention dont la recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 22 septembre 2004 demande une utilisation parcimonieuse, uniquement en cas de nécessité³⁰⁴⁰. Sans doute doit-on en lire des prémices dans la généralisation progressive de l'adoption de protocoles rationalisant l'utilisation de ces procédés. Et parallèlement, en prison, ce même droit peut correspondre à la rationalisation de la procédure disciplinaire, notamment si une telle procédure peut déboucher sur un placement en cellule de punition ou un confinement en cellule.

■ 2. Le droit à la sûreté, droit à la sécurité personnelle et matérielle

Le droit à la sûreté peut également intégrer, on l'a déjà évoqué, une dimension de sécurité personnelle quant à l'intégrité physique des personnes ou celle de leurs biens. Cette acception plus large de la sûreté amène à recouper éventuellement les protections de l'article 3 CEDH et de son article 2, sans s'y restreindre : il s'agit en effet, dans le cadre psychiatrique, d'assurer au patient, par le biais d'un certain maintien de l'ordre au sein du service et par une vigilance accrue et une attitude préventive de la part des soignants, l'absence de violences physiques, mais aussi psychologiques, de la part des autres patients voire de visiteurs importuns ou mal intentionnés. La vérification des affaires du patient lors de son admission dans l'unité participe de cette vigilance, puisque, en application des règlements intérieurs des unités ou établissements, tout objet ou produit considéré comme dangereux et/ou prohibé par la loi trouvé lors de cet inventaire, sera confisqué le temps du séjour. Le même sort sera réservé aux objets ou produits interdits introduits par la suite, par tout moyen, dans l'unité.

La sécurité matérielle signifie également garantir le patient contre toutes violences injustifiées ou mauvais traitements de la part de soignants. Sur ce plan, les contrôles internes, le jeu des contrôles extérieurs (visiteurs, famille en premier lieu) et celui de l'honnêteté déontologique d'autres membres du personnel sont les seuls remparts efficaces face à ce type de méfaits, sanctionnés pénalement lorsqu'ils sont avérés. On peut également s'interroger : une interprétation extensive, certes, mais au final adaptant simplement de manière originale l'application de ce droit au contexte psychiatrique, ne peut-elle pas protéger le patient contre l'utilisation à mauvais escient ou abusive de médicaments, notamment sédatifs ? Le droit à la sûreté, en tant que droit à la sécurité psychologique, doit en effet garantir que le malade ne sera pas « drogué » à la moindre

³⁰³⁸ D. THOMAS, « Le droit à la sûreté », dans R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14e éd. 2008, p. 351

³⁰³⁹ L'étude approfondie de cet ensemble de garanties fait l'objet de la première section du chapitre précédent (pp. 411-448), à laquelle nous renvoyons donc sur ce point.

³⁰⁴⁰ Articles 11 §2 demandant que « [...] le personnel [soit] [...] formé de façon appropriée [...] » notamment dans le domaine des « mesures qui permettent d'éviter le recours à la contention ou à l'isolement » et article 27 recommandant que « [l]e recours à l'isolement ou à la contention ne devrait intervenir que dans des établissements appropriés, dans le respect du principe de restriction minimale, afin de prévenir tout dommage imminent pour la personne concernée ou pour autrui, et rester toujours proportionné aux risques éventuels. » quoique le dernier alinéa de cet article, qui exclut « la contention momentanée » de exigences de cet article et donc de ce premier alinéa, puisse déranger.

incartade³⁰⁴¹.

Dans l'autre institution, un certain nombre d'arrêts de juridictions administratives mettant en cause la responsabilité de la puissance publique du fait d'exactions commises par des agents du service pénitentiaire³⁰⁴² soulignent que les détenus sont certainement plus revendicatifs, sans doute plus exposés aussi, que les personnes hospitalisées sous contrainte en psychiatrie, et en tout cas entendus, donc considérés comme crédibles face à l'administration pour des faits aussi graves, par le juge administratif. Cette attitude de la juridiction administrative participe d'ailleurs à la reconnaissance de la qualité de citoyen et de justiciable, sans discrimination, au prisonnier.

La Cour européenne reconnaît pour sa part une obligation positive de protection du détenu par les autorités pénitentiaires, que ce soit à l'encontre d'auto-agressions ou de violences entre détenus³⁰⁴³ et que ce soit au titre, on l'a évoqué, de l'article 2 ou de l'article 3 CEDH. Le droit français va jusqu'à étendre cette protection du détenu face à des agressions de tiers à la prison³⁰⁴⁴.

En outre, dans l'univers pénitentiaire également, une grande part de cette veille protectrice passe par la vigilance des surveillants, tenus par les textes à un certain nombre d'actes de contrôle – fouilles des détenus³⁰⁴⁵ et de leur cellule ou des locaux qu'ils fréquentent³⁰⁴⁶, rondes répétées et à des horaires irréguliers, normalement, pour des raisons de sécurité³⁰⁴⁷, inventaire et tri des affaires à l'entrée en détention, avec confiscation de tout objet, produit ou substance interdits ainsi que de tous les objets de valeur, argent compris³⁰⁴⁸ – mais également amenés à connaître « leurs » détenus respectifs, ceux de l'étage qu'ils ont en charge, ce qui leur permet une surveillance dynamique plus

³⁰⁴¹ Sans compter les liens que l'on peut faire entre l'interdiction d'être arbitrairement retenu et celle d'être arbitrairement « camisolé chimiquement », qui paraît tout aussi légitime.

³⁰⁴² Pour exemple CE, 12/2/1971, « *Sieur REBATEL* », *Rec. Lebon*, 1971, p. 123 ; CE, 11/5/1953, « *OUMAR SAMBA NLANG HARRANE* », *Rec. Lebon*, 1953, p. 218 ; CAA Nantes, 26/7/1991, « *Nicole et Vincent ONNO* », req. n° 89NT00852, *RFDA* 1992, pp. 270 et s., note R. HOSTIOU

³⁰⁴³ Pour un cas de meurtre par un co-détenu : Cour EDH, 14/3/2002, « *Paul et Audrey EDWARDS c/ Royaume-Uni* », req. n°46477/99. A propos des suicides, la jurisprudence est fournie, selon Béatrice BELDA. On peut mentionner le célèbre arrêt, déjà cité, du 3/4/2001, « *KEENAN c/ Royaume-Uni* » qui reconnaît l'applicabilité de l'article 2 à ce type de situation (§ 89). Pour la France, sur le même sujet, Cour EDH, 16/10/2008, « *RENOLDE c/ France* », req. n° 560805, *AJ Pénal* 2009, pp. 41-42, obs. J-P. CERRE

Pour des mauvais traitements (donc une applicabilité de l'article 3 CEDH) entre co-détenus, cf. Cour EDH, 3/6/2003, « *PANTEA c/ Roumanie* », préc., notamment § 189.

³⁰⁴⁴ Arrêts CE, 25/1/1952, « *Consorts LASSALLE-BARRERE* », req. n°1.514, *Rec. Lebon*, 1952, pp. 60-61 (meurtre d'un jeune détenu après enlèvement par des individus externes à l'institution d'éducation surveillée) ; CE, 15/7/1958, « *DUFOUR* » req. n° 2313, *Rec. Lebon*, 1958, pp. 458-459 (enlèvement d'un jeune détenu par des individus armés extérieurs à l'institution d'éducation surveillée suivi de mutilations) ; CE, 24/3/1950, « *Sieur BIZIERE* », req. n°97.337, *Rec. Lebon*, 1950, pp. 191-192 (coups portés à un détenu par une personne extérieure s'étant introduite dans sa cellule) ; ou CE, 10/7/1953, « *RESSAIRE* », req. n°553, *Rec. Lebon*, 1953, Tables, p. 777 (sévices sur un détenu perpétrés par des individus non-identifiés, le fait que les agents chargés de la surveillance ont ouvert sans opposition la cellule auxdits individus étant caractéristique d'une faute manifeste. La responsabilité de l'Etat est ainsi engagée même s'il n'a pas été prouvé que ces violences aient eu des conséquences durables pour la santé du détenu)

Pour la possibilité de mise en cause de la responsabilité de l'Etat dans les cas d'agression entre détenus : (non retenue en l'espèce) CAA Bordeaux, 29/5/1995, « *Monsieur René X* », req. n°94BX00794, *Recueil Dalloz*, 1996, Jurisprudence, p. 39 ; TA Rouen 3/2/1999, « *Monsieur Christophe A.* », req. n°98617, *Rec. Lebon*, 1999, Tables, pp. 549-550 ; *LPA* du 18/2/2000, n°35, p. 16, et (cas de responsabilité retenue) : TA Rouen 26/5/2005, « *Monsieur J.-F. P.* », *AJP*, 2006, n°1/2006, pp. 45-46, note M. HERZOG-EVANS

Pour la responsabilité reconnue de la puissance publique dans le cas de suicides ou tentatives de suicide (défaut de surveillance) : CE, 7/6/1985, « *OBERTO* », req. n° 48.125, *RDJ* 1986, p. 923 (responsabilité non retenue) ; CE, 14/11/1973, « *Ministre de la Justice c/ Dame ZANZI* », req. n°86.752, *Rec. Lebon*, 1973, pp. 645-646 ; CE, 13/12/1981, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ époux JASPARD* », req. n° 24.179, *Rec. Lebon*, 1981, Tables, p. 907 et *Gazette du Palais* 1982 p. 656-657, note J. GUYENOT ; CE, 9/7/2007, « *Monsieur Claude DELORME* », req. n°281205, [en ligne], Légifrance ; *Rec. Lebon*, 2007, Tables, p. 1063 et p. 1072 ; CE, 31/3/2008, « *Consorts A.* », req. n°291342, [en ligne], Légifrance ; CAA Marseille, 18/5/2009, « *Consorts X* », req. n°08MA00741, [en ligne], Légifrance et pour une auto-mutilation: CE, 9/6/1982, « *Dame Veuve HARDY* », req. n° 26.608 (cité par E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, op. cit., p. 469, note 191)

³⁰⁴⁵ Articles R. 57-7-79 et R. 57-7-80 CPP

³⁰⁴⁶ Article D. 269 CPP

³⁰⁴⁷ Article D. 272 CPP

³⁰⁴⁸ Articles D. 335 et D. 336 CPP

préventive. Il est d'ailleurs notoire que dans les établissements ne misant plus que sur la sécurité dite « passive »³⁰⁴⁹, les prisonniers sont « [...] *plus violents et plus difficilement gérables* [...] »³⁰⁵⁰.

Interdiction figure également dans le Code, précisée par le règlement intérieur, de détenir tout objet ou produits « [...] *pouvant permettre ou faciliter un suicide [ou] une agression* [...] »³⁰⁵¹, interdiction sanctionnée par une traduction en faute disciplinaire³⁰⁵². Peut s'y rajouter, en fonction du contexte et uniquement durant la nuit, la suppression par exemple de pièces de vêtements, d'accessoires ou d'objet *a priori* autorisés, toujours dans cette optique de lutte contre les suicides et les agressions³⁰⁵³.

La loi du 24 novembre 2009 est venue conforter la reconnaissance de cette protection de l'intégrité physique du détenu qui devient une obligation à la charge de l'administration pénitentiaire, précision étant spécialement notée que cette obligation vaut en tous lieux de la détention, aussi bien individuels que collectifs³⁰⁵⁴. Deux conséquences sont tirées par la loi même de cette attention particulière portée à cette protection nécessaire de la personne : l'alinéa 3 du même article 44 exige que toute personne détenue victime de violences de la part de congénères fasse l'objet « [...] *d'une surveillance et d'un régime de détention particuliers* », et notamment « [...] *bénéficie prioritairement d'un encellulement individuel* »³⁰⁵⁵. Est instaurée, moyen mis au service de l'administration dans la continuité de cette obligation, la possibilité offerte aux établissements déjà en activité d'installer des caméras de surveillance dans les lieux collectifs « [...] *présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes* [...] »³⁰⁵⁶, possibilité qui devient une obligation pour tout établissement « [...] *dont l'ouverture est postérieure à l'entrée en vigueur de cette loi* »-. Une part de réponse, qui aidera à sécuriser des lieux collectifs tels que les cours de promenade mais laissera au point actuel le cas des douches collectives, l'administration ne pouvant songer, du moins peut-on le supposer, à placer des caméras dans des lieux singulièrement intimes ; c'est même au respect de la dignité des individus que l'on toucherait dans ce cas. Madame HERZOG-EVANS voit également dans cette mesure l'obligation effective, au risque de poursuites au moindre problème, pour l'administration pénitentiaire « [...] *de songer de manière plus systématique à cette dimension de la sécurité* [...] »³⁰⁵⁷, notamment en ce qui concerne le choix des affectations de cellules dans le cas d'encellulement collectif. Cet aspect est accentué par la responsabilité sans faute de l'Etat dans les cas de décès d'un détenu des suites de violences commises sur lui par un ou des autres ; le progrès n'est cependant qu'une demi-victoire, comme le souligne Muriel GIACOPELLI, dans la mesure où les blessures graves ne bénéficient pas du même régime³⁰⁵⁸. Quoi qu'il en soit, c'est à cette même obligation que l'article 16 du Code de déontologie du service public pénitentiaire précédemment cité fait référence³⁰⁵⁹.

■ 3. Le droit à la sûreté, droit à la sécurité juridique

La sûreté, enfin, trouve une traduction de « sécurité juridique ». Si l'arbitraire doit être éradiqué, il faut que l'individu connaisse à l'avance ses droits et ses devoirs, qu'il ne soit pas pris au dépourvu pour une infraction commise car créée après qu'il ait commis l'acte. Si le principe « Nul

³⁰⁴⁹ Celle permise par les procédés techniques remplaçant les surveillants dans plusieurs de leurs fonctions ou les mettant à distance des détenus, rompant ainsi les relations entre être humains auxquelles ces fonctions « de porte-clefs » notamment, donnaient l'occasion.

³⁰⁵⁰ J.-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, *Répertoire pénal*, op. cit., 2006, p. 37, n° 220

³⁰⁵¹ Alinéa 1er de l'article D. 273 CPP

³⁰⁵² Article R. 57-7-2, 10° CPP

³⁰⁵³ Alinéa 2 de l'article D. 273 CPP

³⁰⁵⁴ Alinéa 1er de l'article 44 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰⁵⁵ Remarque pour le moins paradoxale si l'on considère que le principe posé par la loi est désormais celui de l'encellulement individuel. Une telle incise ne peut se comprendre que si l'on considère que le législateur a tenu compte de l'application de la loi durant la période de moratoire de cinq ans octroyée à l'administration avant d'appliquer partout ce principe. A moins qu'il ne table déjà sur son infaisabilité ?...

³⁰⁵⁶ Article 58 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰⁵⁷ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », op. cit., 2010, p. 35

³⁰⁵⁸ M. GIACOPELLI, « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », op. cit., 2010, p. 29

³⁰⁵⁹ Cf. notre thèse pp. 604

n'est censé ignorer la Loi » est un rouage nécessaire pour permettre à la société de vivre, il s'agit pour l'Etat de mettre ses justiciables en mesure de la connaître. Entre autres conséquences, l'accès au droit paraît primordial.

La nécessité d'information de la personne rentrant à l'hôpital psychiatrique sur sa situation juridique³⁰⁶⁰ et la remise du règlement intérieur, complétée par l'obligation faite au personnel de fournir les explications demandées par le patient sur ce texte³⁰⁶¹, sont les premiers éléments d'application de ce droit. On peut même faire un lien entre cette exigence de commentaires appropriés aux demandes du patient et les qualités d'intelligibilité comme d'accessibilité de la loi, érigées en un objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 décembre 1999³⁰⁶². Une adaptation de cette exigence constitutionnelle au public considéré ne paraîtrait effectivement pas dénuée de sens et d'intérêt si l'on veut bien tenir compte de la dimension citoyenne que cette attitude reconnaît au patient. Il faut rappeler ici que le projet de loi du 5 mai 2010 renforce l'exigence d'information délivrée aux patients placés en soins sans consentement en posant explicitement une obligation d'information spécifique de l'intéressé à chaque nouvel examen (on notera que l'exigence n'est pas posée pour la décision initiale de soins sans consentement) concluant à un maintien de la mesure de soins sans consentement avec le devoir, pour les soignants, de « [...] m[ettre le patient] à même de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à son état. »³⁰⁶³. On peut malgré tout s'interroger sur la portée pratique de cette assertion. Elle est heureusement complétée par l'injonction que « [son] avis [...] sur les modalités des soins [soit] recherché et pris en considération dans toute la mesure du possible. »³⁰⁶⁴. Quant à l'exigence d'information sur sa situation juridique et ses droits, elle est étouffée, mentionnant notamment explicitement l'information sur les voies de recours dont l'intéressé dispose ainsi que la possibilité de contacter le contrôleur général des lieux privatifs de liberté³⁰⁶⁵.

Le même droit à l'information sur sa situation judiciaire, sur les règles à respecter et ses droits et devoirs est reconnu au détenu qui doit bénéficier de plusieurs entretiens à son arrivée en détention, à commencer par celui avec le chef d'établissement ou l'« [...] un de ses subordonnés immédiats [...] » le jour même de son entrée ou le lendemain « [...] au plus tard [...] »³⁰⁶⁶.

Outre l'explication orale du fonctionnement de l'établissement, un document écrit est remis au détenu, lui indiquant les procédures élémentaires pour contacter famille, médecin ou avocat, pour demander à travailler etc. Par la suite, durant tout le temps de la détention, plusieurs exemplaires du règlement intérieur présenté dans son intégralité doivent être disponibles à la bibliothèque et un certain nombre de ses dispositions sont rappelées par affichage au sein de la détention, de même que la liste des avocats inscrits au barreau le plus proche territorialement. La loi du 24 novembre 2009, outre l'accent particulier qu'elle a tenu à mettre sur l'accueil des arrivants en détention, impose, à son degré normatif, que « [...] les règles applicables à l'établissement [...] » soient toujours accessibles aux détenus pendant tout le temps de sa détention³⁰⁶⁷.

La formule de la loi paraît habile étant donné la situation dans les prisons sur ce plan : le règlement intérieur est en réalité rarement à jour, les directeurs changeant fréquemment et n'ayant pas le temps de le reprendre pour le transformer à droit constant. En conséquence de quoi ce sont bien souvent des règlements datant d'une vingtaine d'années qui sont empruntés en bibliothèque, totalement obsolètes, les actualisations ayant été opérées, au fil du temps, par voie d'affichage. Si

³⁰⁶⁰ Nécessité d'ailleurs posée par le 2e § de l'article 5 de la CEDH.

³⁰⁶¹ Point 5° de l'alinéa 3 de l'article L. 3211-3 CSP.

³⁰⁶² Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, « Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes », cons. 13

³⁰⁶³ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 18, article 1er, point 24

³⁰⁶⁴ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., p. 18, article 1er, point 28

³⁰⁶⁵ Projet de loi n° 2494 du 5 mai 2010, préc., pp. 18-19, article 1er, points 27 et 31

³⁰⁶⁶ Alinéa 1er de l'article D. 285 CPP, repris à l'article D. 94 spécialement pour les condamnés arrivant en établissements pour peines.

³⁰⁶⁷ Article 23 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

l'obligation d'existence d'exemplaires empruntables à tout moment par les détenus paraît fondamentale dans l'absolu et donc d'une présence indiscutable parmi ses droits premiers, elle appelle par contre urgemment sa prise en considération, dans toute l'ampleur de son sens pratique : cette règle a un objectif unique et très terre-à-terre, la connaissance de ses droits par l'usager du service public pénitentiaire qu'est le détenu, dans le cadre plus précis de son établissement et, éventuellement, de son quartier d'affectation. Il semblerait que son application actuelle ne permette pas d'atteindre cet objectif ; dans ce cas, la règle est donc vidée de son sens. On peut espérer que la rédaction, *a priori* en cours, de règlements intérieurs types, vienne remettre un peu d'ordre et d'actualisation pérenne dans cette situation juridiquement ubuesque.

La formule de la loi apparaît également plus ambitieuse que l'état du droit antérieur : les « règles applicables à l'établissement » doivent englober, *a priori*, tout le droit réglementaire créé par voie de circulaires et inégalement publié en fonction du « sujet sensible » qu'il traite, la définition de ce concept de « règles applicables à l'établissement » restant à la discrétion de l'administration pénitentiaire. Déjà délicat à connaître dans tous ses développements par le juriste commun, externe à cette administration, il l'est, en l'état actuel de la situation, encore davantage des détenus qui n'ont accès ni à la version imprimée des BOMJ, ni à Internet sur lequel ces documents sont en ligne, et là encore depuis 1999 seulement. Le Code de déontologie pénitentiaire affirme cependant un peu plus cette volonté *via* son article 18 qui exige du personnel pénitentiaire qu'il rappelle aux personnes détenues dont il a la charge « [...] *en tant que de besoin, leurs droits et de leurs devoirs ainsi que les sanctions ou mesures dont elles peuvent faire l'objet dans les conditions prévues par les textes* » et que « [p]endant toute la durée de leur placement, il veille à permettre à ces personnes, dans le respect des lois et règlements, l'exercice de leurs droits »³⁰⁶⁸.

Cette sécurité juridique signifie également garantie des droits, comme l'affirme François LUCHAIRE, donc droit au juge³⁰⁶⁹. Car, « [s]'il n'y a pas d'accès au droit et à la justice, il n'y a ni justice ni droit »³⁰⁷⁰. Ce droit d'agir en justice, -reconnu par le Conseil d'Etat même *contra legem* pour le recours pour excès de pouvoir³⁰⁷¹-, se double, pour lui assurer une effectivité concrète, du droit d'accès réel à un tribunal, qui se doit lui-même d'être indépendant et impartial. Appendice du droit à la sûreté, c'est pourtant principalement à l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789³⁰⁷² qu'est rattaché ce droit au juge³⁰⁷³, également reconnu à l'article 6 § 1 de la CEDH, aux articles 8 et 10 de la DUDH³⁰⁷⁴ et à l'article 14 du PIDCP.

³⁰⁶⁸ Article 18 du décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 « portant code de déontologie du service public pénitentiaire »

³⁰⁶⁹ F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », dans *La Constitution de 1958 en 20 questions*, dossier en ligne sur le site du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/secjur.htm> (enregistré le 8/12/2006. Aujourd'hui disparu du site du Conseil constitutionnel)

³⁰⁷⁰ M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », dans R. CABRILLAC, M-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., 2008, p. 471

³⁰⁷¹ Arrêt CE, Ass., 17/2/1950, « Dame LAMOTTE », *Rec. Lebon*, 1950, p. 110 : à cette occasion, le droit de former un recours pour excès de pouvoir a été érigé en principe général du droit par cette instance. Quant au Conseil constitutionnel, il a reconnu le droit au recours juridictionnel de droit commun « [...] ouvert même en l'absence de dispositions expresses [...] » (Conseil constitutionnel, décision n° 2000-436 DC du 7/12/2000, « Loi relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains », *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* 2000, p. 182, cons. 26).

³⁰⁷² Article qui pose le principe de la séparation des pouvoirs et précise que « [...] la garantie des droits [...] » doit être assurée.

³⁰⁷³ Position implicitement émise dans la décision n° 93-335 DC du 21/1/1994 « Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction » dite « Urbanisme et construction », cons. n° 4, *Recueil des décisions du CC*, 1994, pp. 41-42, puis explicitement dans sa décision n° 96-373 DC du 9/4/1996 « Loi organique portant statut de la Polynésie française », *Recueil des décisions du CC*, 1996, p. 55, cons. 83 à 85. Le principe d'égalité devant la justice, inclus dans le principe d'égalité devant la loi, est également évoqué pour fonder une valeur constitutionnelle à ce droit d'agir en justice et le définir (cf. décision 75-56 DC du 23/7/1975, *Recueil des décisions du CC*, 1975, p. 23)

³⁰⁷⁴ La DUDH est particulièrement intéressante, car détaillée dans l'expression des différentes composantes de ce droit : dans l'article 8, elle pose une protection toute particulière à l'encontre de l'atteinte à des droits fondamentaux constitutionnellement ou législativement reconnus, par le biais d'un « [...] recours effectif devant les juridictions nationales compétentes [...] » et l'article 10 pose le principe du tribunal indépendant et impartial.

Pour le patient hospitalisé sous contrainte, ce droit est réaffirmé dans les droits inaliénables qui lui sont reconnus par l'article L. 3211-3 CSP : il doit pouvoir saisir à tout moment plusieurs autorités, parmi lesquelles figure le juge judiciaire. Son droit à consulter un avocat peut participer du même ensemble, visant l'efficacité de son action. Mais au-delà de ces préoccupations touchant à la décision privative de liberté, un même droit à saisir le juge – administratif ou judiciaire selon la nature publique ou privée de l'établissement d'accueil – lui est reconnu en vertu de ce droit d'agir en justice existant même sans texte, à propos de ses conditions d'hospitalisation ou des dysfonctionnements du service. Les difficultés de mise en oeuvre effective de ce droit sont en réalité nombreuses pour ce patient enfermé³⁰⁷⁵. Depuis l'accès à l'avocat, adjuvant *quasi* vital pour s'assurer un aboutissement de ses démarches dans les dédales du droit, jusqu'à la détermination de la juridiction à saisir avec leurs procédures, leurs délais et leurs pièges même dans les moyens et les textes à invoquer pour espérer recevabilité voire succès dans ses prétentions, en passant par les moyens financiers (la justice n'est pas gratuite et l'aide juridictionnelle exige de remplir des dossiers complexes et de suivre des procédures peu simples), au final la fine connaissance d'un droit spécialisé, déjà parfois complexe pour des juristes avertis, rend cet accès au juge peu réaliste dans bien des cas.

En conséquence, le droit de consulter un avocat appartient, depuis la loi du 27 juin 1990, on l'a dit, à la liste des droits inaliénables reconnus au patient hospitalisé sous contrainte³⁰⁷⁶. Son entrée reste pourtant limitée à l'hôpital, faute de mesures concrètes mises en place dans les services de psychiatrie visant à en faciliter l'accès. En effet, selon le cas, le droit à consultation d'un avocat peut apparaître comme incongru dans un service tourné vers le soin de la personne, voire ce personnage ressenti comme un « *tiers perturbateur* »³⁰⁷⁷ incitant les malades au conflit³⁰⁷⁸. Sans compter que dans un certain nombre de mentalités soignantes, le vieux schéma du paternalisme médical reste ancré, au sein duquel l'avocat sera plus dangereux que bénéfique. Dans tous les cas, il semble peu utile aux équipes médicales de faciliter l'accessibilité à ce juriste en instaurant les règles que l'on peut trouver en prison, où cette présence semble de toute évidence beaucoup plus naturelle. Le malade devra donc faire appel à ses propres réseaux de connaissances, s'il n'est pas trop désocialisé ni interdit de visites, pour trouver un interlocuteur issu du barreau. Les services se dédouanent de la critique en évoquant l'accès à l'annuaire téléphonique, qui reste à disposition des patients. Encore faut-il que le patient songe par lui-même à demander la consultation des Pages Jaunes, ces dernières n'étant pas forcément en accès libre et direct dans le service. On peut, à titre de comparaison, penser à la pratique au sein des établissements pénitentiaires, qui consiste à afficher la liste des avocats du barreau dans les parloirs.

Il faut songer également aux conditions de mise en oeuvre de cette prise de contact, notamment téléphonique, avec un avocat : cela semble difficile pour le malade, par exemple, s'il doit l'effectuer dans le bureau infirmier, à portée d'oreille des soignants. En outre, la prise de contact avec l'avocat n'est pas dotée d'un statut particulier par rapport au contrôle du courrier, qui doit nécessairement être remis au personnel soignant pour sortir du service. Pas de dérogation semblable non plus, donc, à celle imposée en prison à ce niveau. Certes, la confidentialité du courrier des patients est normalement protégée par l'application de l'article 8 CEDH et les juridictions contrôlent une invocation abusive des nécessités de sécurité et surtout, un contrôle systématique injustifié de la correspondance³⁰⁷⁹. Mais *quid* de la motivation de « *nécessité thérapeutique* » ? Et comment s'assurer que toutes les demandes de consultations parviennent bien à leur destinataires ? Les réticences du corps psychiatrique et soignant lors de la discussion de la loi de 1990 n'auraient-elles pas imprégné la rédaction de cette dernière, rendant partiellement ineffectif un droit dont l'application est largement soumise à la bonne volonté du corps médical et soignant ?

³⁰⁷⁵ Cf. nos développements *supra*, première partie, titre II, chapitre 2, la section I traitant des contrôles, pp. 257-288

³⁰⁷⁶ Alinéa 3 de l'article 3211-3 CSP, 3°

³⁰⁷⁷ Expression empruntée à Assia BOUMAZA, dans *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 132

³⁰⁷⁸ Le corps médical argue notamment des penchants paranoïaques propres à certaines affections contre lequel la médecine cherche à lutter et qui seraient précisément encouragés par la possibilité offerte par l'avocat de saisir les tribunaux.

³⁰⁷⁹ Cf. arrêt CAA Bordeaux, 27/11/1995, « M. BERNARDET », préc.

Corinne VAILLANT, Thomaïs DOURAKI et Philippe BERNARDET vont même plus loin dans leur ouvrage, allant jusqu'à ériger le médecin-chef de service en « [...] tiers obligé dans la relation avocat-client [...] », dans la mesure où c'est lui qui détient le pouvoir d'autoriser ou interdire les relations de toute nature avec l'extérieur³⁰⁸⁰ et qu'il peut exciper de « [...] l'intérêt du malade [...] » et des modalités du protocole de soins engagé pour justifier ces interdictions. Selon eux, « [c]haque étape de la communication entre l'avocat et son client devra être soumise à la négociation ; elle n'existe pas de droit et fait l'objet de discussions avec le médecin qui a tous les moyens pour la permettre ou l'empêcher. »³⁰⁸¹ De toute évidence, si on a ici un reflet – que l'on peut supposer partiel car appuyé sur la pratique des auteurs – de ce qui peut se produire dans les faits, ces situations sont en contradiction avec la lettre de l'article L. 3211-3 de Code de la Santé Publique.

L'accès à l'avocat est donc loin de remplir l'office qui lui est vraisemblablement conféré dans les textes : un mode effectif de défense du malade. En conséquence, procureur et autorités de contrôle, au final plus aisément accessibles aux patients, sont généralement davantage sollicités que le défenseur et le conseil par nature qu'est l'avocat. Comme l'analyse de manière pertinentes Monsieur BERNARDET et ses co-auteurs, « [...] entre le droit et la psychiatrie, ce sont deux logiques, deux pouvoirs qui s'affrontent, dans un rapport de force qu'il est parfois bien difficile d'éviter en l'état actuel des mentalités. »³⁰⁸². L'avocat reste un « intrus » qui « [...] vient perturber le système clos, au fonctionnement homogène [...] »³⁰⁸³ du service psychiatrique. Deux cultures à rapprocher et à faire se connaître mutuellement, afin d'apaiser l'hostilité, en tout cas la suspicion immédiate qui naît dans leurs rapports. Sans doute aujourd'hui, la difficulté pour accéder à l'avocat amène-t-il dans les faits seuls les malades les plus décidés, et donc les plus vindicatifs, en tout cas revendicatifs, à obtenir satisfaction. Ce type d'intermédiaire, s'il est le seul vecteur de l'entrée de l'avocat dans le service, ne peut aider à donner une bonne image de ce dernier, du moins dans le premier temps. L'accueil n'en sera que plus hostile et la guerre ouverte³⁰⁸⁴.

Pour les détenus, le droit à un recours contre les décisions administratives comme judiciaires s'est développé de manière exponentielle dans les deux dernières décennies, le champ des mesures d'ordre intérieur s'amenuisant progressivement d'une part, juridictionnalisation de toutes les mesures d'application des peines – cette modification étant issue de la loi PERBEN II du 9 mars 2004 clarifiant salutairement ce droit –, d'autre part. Reste, on l'a longuement évoqué, le problème de l'effectivité de ces recours, notamment en matière administrative, où les délais sont courts, les recours non-suspensifs. Il est vrai par contre qu'un certain nombre de principes sont ancrés dans le droit procédural et pénitentiaire tel que, par exemple, la confidentialité de tous les échanges, écrits comme oraux, avec le défenseur ou avec les autorités administratives et judiciaires externes à l'administration pénitentiaire³⁰⁸⁵. Le respect de l'effectivité de ce droit d'accès à un tribunal, qui passe par des mesures extrêmement matérielles comme l'acheminement en temps voulu du courrier par les autorités pénitentiaires à qui il est nécessairement remis – condition d'enfermé sans accès à l'extérieur du détenu oblige –, est contrôlé *in concreto* par la cour Européenne³⁰⁸⁶. Notons également que les recours en responsabilité n'ont jamais été rejetés par le juge administratif³⁰⁸⁷,

³⁰⁸⁰ Hors exception des six autorités de contrôle mentionnées aux articles L. 3222-4 et L. 3222-5 CSP

³⁰⁸¹ P. BERNARDET, T. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, op. cit., 2002, p. 171

³⁰⁸² P. BERNARDET, T. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, op. cit., 2002, p. 171

³⁰⁸³ P. BERNARDET, T. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, op. cit., 2002, p. 171

³⁰⁸⁴ On lit cette guerre ouverte également du côté des avocats. Cf. Ph. BERNARDET, Th. DOURAKI et C. VAILLANT, *Psychiatrie, droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, op. cit., 2002, p. 176. Il s'agit donc d'effectuer un travail des deux côtés.

³⁰⁸⁵ Article R. 57-8-20 CPP et article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³⁰⁸⁶ Ainsi, sur un cas d'espèce de ce type la France a-t-elle été condamnée en 2006, dans une affaire « *BARBIER c/ France* » (Cour EDH, 17/1/2006, req. n° 76093/01) pour violation de l'article 6 § 1 CEDH

même si ensuite, à l'intérieur de l'instance, le juge s'est longtemps montré réticent à reconnaître la responsabilité de l'institution pénitentiaire³⁰⁸⁸.

Sur un autre registre, l'Homme individu libre est aussi un être ayant le droit de s'épanouir comme il l'entend, tant qu'il respecte les règles posées par la société dans laquelle il évolue. Sa liberté reconnue doit lui ouvrir une sphère franche faite d'intimité et de relations sociales dans laquelle il doit pouvoir jouir de sa tranquillité, sans être importuné par des intrus non désirés de nature publique ou privée.

◇ e) *La protection de la vie privée*

Posé, au plan international, par les articles 12 de la DUDH, 17 du PIDCP, 8 de la CEDH et 7 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, le droit au respect de la vie privée jouit d'une reconnaissance toute particulière en droit interne en faveur des personnes malades, *via* l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique. Cette reconnaissance n'ôte, ceci dit, aucunement de force effective à la protection plus générale dont jouit, en France, toute personne par le biais de l'article 9 du code civil. Définir la notion de vie privée s'impose comme premier défi, reconnu par la Cour EDH comme une entreprise impossible de manière exhaustive³⁰⁸⁹ : il reste au juriste à rassembler les divers éléments semblant construire, avec une certaine cohérence, un début de définition, en gardant à l'esprit sa perpétuelle évolution en fonction des « [...] *évolutions sociales comme techniques* »³⁰⁹⁰.

Partant du noyau de l'intimité de la personne, c'est sa vie personnelle et ses corollaires en termes de vie familiale et relations avec ses proches, mais aussi son « *intégrité physique et morale* »³⁰⁹¹ dans laquelle doit être englobée sa vie sexuelle. Des lieux aussi intimes que le domicile sont protégés par ricochet, ce dernier étant interprété comme une « notion autonome » par la Cour Européenne, qui peut ainsi se permettre de lui donner une acception extensive. Cette protection consiste en une inviolabilité de principe du domicile, ne permettant les perquisitions que « [...] *nécessaires dans une société démocratique* » c'est-à-dire dûment et valablement justifiées et « [...] *si le droit interne offre des garanties adéquates et suffisantes contre les abus* »³⁰⁹² (1). C'est dans le cadre de cette sphère intime qu'est également protégée la confidentialité des correspondances, cette protection s'étendant au gré de la diversification de leur nature aux nouvelles formes de courriers et communications. Ainsi, au-delà de la correspondance écrite, c'est celles orale, électronique et par le biais d'Internet qui sont visées. En conséquence, en complément du contrôle opéré par le juge sur la légalité des restrictions ou interdictions de correspondance, les contrôles et atteintes portées à ce secret des communications et correspondances sont strictement encadrés, étant autorisés de manière restrictive par un droit français mis en conformité avec la jurisprudence protectrice de la Cour européenne, sous l'impulsion de cette dernière, en 1991³⁰⁹³ (2).

³⁰⁸⁷ A partir du moment, bien entendu, où le Conseil d'Etat a mis fin au principe d'irresponsabilité de la puissance publique (CE, conflit, 6/12/1855, « *ROTSCHILD* », *Rec. Lebon*, 1855, p. 705 ; Tr. Cflits, 8/2/1873, « *BLANCO* », *Recueil Dalloz* 183, n° 3, pp. 20 et s, concl. DAVID). Il n'a été saisi pour statuer sur une éventuelle responsabilité des services pénitentiaires pour la première fois qu'en 1918 (CE, 4/1/1918 « *Mineur ZULEMARO* » et « *Mineur DUCHESNE* »)

³⁰⁸⁸ Cf à ce sujet l'étude approfondie de cette problématique par Monsieur PECHILLON dans *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op.cit.*, pp. 365 et s.

³⁰⁸⁹ Arrêts Cour EDH, 16/12/1992, « *NIEMIETZ c/ Allemagne* », req. n° 13710/88, § 29, puis Cour EDH, 25/4/2002, « *PRETTY c/ Royaume-Uni* », préc., § 61

³⁰⁹⁰ L. MARINO, « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gazette du Palais Recueil bimestriel*, mai-juin 2007, doctrine, p. 1478

³⁰⁹¹ Arrêt Cour EDH, 26/3/1985, « *X et Y c/ Pays-Bas* ». req. n°8978/80. Dans ce cadre, le juge européen semble cautionner l'idée d'une utilisation de la protection de l'article 8 subsidiairement à celle de l'article 3 pour des atteintes à l'intégrité physique et/ou morale d'une personne considérée comme de trop faible gravité pour justifier les qualifications de torture ou de traitement inhumain ou même dégradant. Cette application donne ainsi à cet article une résonance plus lourde symboliquement.

³⁰⁹² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, 2008, p. 463. Cf. arrêt Cour EDH, 25/2/1993, « *FUNKE c/ France* », req. n°10828/84, et l'alinéa 2 de l'article 8 CEDH

³⁰⁹³ C'est en effet suite à sa condamnation par la Cour européenne dans les arrêts « *KRUSLIN c/ France* » et « *HUVIG c/ France* » du 24/4/1990 (req. n°11801/85 et 11105/804), pour défaut de législation encadrant avec netteté les écoutes

Enfin, photos, films et toute image mettant en scène une personne tombent sous le coup de la protection – à géométrie variable selon les circonstances cumulées à la notoriété de la personne – des articles 8 de la CEDH et 9 du Code civil, comme toutes les données à caractère personnel (3). Dans ce dernier cas, fichiers informatisés, enregistrements issus de vidéosurveillances légalement installées et recueil d'informations de toutes sortes, surtout s'il y a mémorisation de ces données, font l'objet d'un contrôle strict. Enfin, un « *principe de confidentialité des informations sur la santé* »³⁰⁹⁴ considéré comme un « *principe essentiel du système juridique* »³⁰⁹⁵ préside au contrôle tout particulier de ces données singulièrement sensibles que sont les informations sur l'état de santé d'une personne (4).

Par son arrêt « *NIEMIETZ contre Allemagne* » du 16 décembre 1992, la Cour EDH « [...] a fait franchir un saut qualitatif considérable à la notion de « *vie privée* » [...] »³⁰⁹⁶ : dépassant cette sphère intime, elle y a inclus « [...] le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »³⁰⁹⁷, ce que l'on a appelé la « *vie privée sociale* » (2). Puis, s'ouvrant encore, elle y a incorporé récemment le concept d'« *autonomie personnelle* »³⁰⁹⁸ et de « *droit au développement personnel* »³⁰⁹⁹ et même celui de « *droit de vivre dans un environnement sain*. »³¹⁰⁰.

La protection de ce droit extensif implique une double série d'obligations pour l'Etat et une double forme de protection pour l'individu : obligations négatives comme positives, impliquant une abstention d'ingérence non nécessaire dans une société démocratique par les pouvoirs publics dans la vie des citoyens, mais aussi une obligation d'action pour prendre les mesures assurant un respect effectif de ce droit à la vie privée. Il s'agit notamment pour lui de se doter de l'arsenal juridique approprié à la protection de la notion dans chacune de ses dimensions et à la fois de manière verticale et horizontale : les atteintes à la vie privée peuvent en effet émaner de la puissance publique comme de simples particuliers et il est un devoir pour l'Etat de protéger ses ressortissants des secondes autant que des premières³¹⁰¹. Le droit de la vie privée, suite à ses évolutions, devient un « *droit d'être laissé tranquille* », pour reprendre l'expression d'Emmanuel DREYER, quelque soit la nature de l'intrus³¹⁰².

La Cour a construit une protection rigoureuse de la sphère individuelle privée, d'abord à l'encontre des ingérences étatiques, partant de la rédaction originelle de l'article 8 alinéa 2 : dès 1950, a été posée l'idée qu'« [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à

téléphoniques diligentées par des autorités officielles (administratives ou judiciaires), qu'a été adoptée la loi du 10 juillet 1991 relative aux correspondances émises par voie de télécommunications. Les dispositions de cette loi ont été jugées compatibles avec l'article 8 de la CEDH, dans un arrêt Cour EDH du 24 août 1998 « *LAMBERT c/ France* », req. n°23618/94.

³⁰⁹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 469

³⁰⁹⁵ Arrêts Cour EDH, 25/2/1997, « *Z c/ Finlande* », req. n° 22009/93, § 95 ou 27/8/1997, « *M. S c/ Suède* », req. n° 74/1996/693/885, § 41

³⁰⁹⁶ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 457

³⁰⁹⁷ Arrêt Cour EDH, 16/12/1992, « *NIEMIETZ c/ Allemagne* », req. n° 13710/88, § 29

³⁰⁹⁸ Arrêts Cour EDH, Gr. Chb, 10/4/2007, « *Mrs. N. EVANS c/ Royaume-Uni* », req. n°6339/05, § 71 ou 25/4/2002, « *PRETTY c/ Royaume-Uni* », préc., § 61. Ce droit serait un droit à l'autodétermination, notamment dans les choix concernant son propre corps (cf. à ce sujet, les développements de Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, pp. 479-481)

³⁰⁹⁹ Cour EDH, 25/4/2002, « *PRETTY c/ Royaume-Uni* », préc., § 61

³¹⁰⁰ Il s'agit en fait de protéger les droits garantis par la CEDH lorsque ceux-ci sont remis en cause par une atteinte à l'environnement. Cette protection d'abord individuelle permet ainsi une « *protection par ricochet* » (F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, p. 481) de l'environnement, en tant qu'entité et valeur propre (cf. arrêt Cour EDH, 9/12/1994, « *LOPEZ OSTRA c/ Espagne* », req. n°16798/90, puis, pour des seuls risques environnementaux : 10/11/2004, « *TASKIN et al. c/ Turquie* », req. n°46117/99).

³¹⁰¹ Arrêt Cour EDH, 24/6/2004, « *Von HANNOVER c/ Allemagne* »

³¹⁰² E. DREYER, « *Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental* », *Communication Commerce Electronique*, 2005, n°5, pp. 21-26

la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ». Ainsi, toute ingérence doit être prévue par une loi aux qualités intrinsèques de clarté, d'accessibilité et de précision qui sont indispensables pour éviter tout risque d'arbitraire³¹⁰³. Elle doit en outre répondre à une nécessité, toujours circonstanciée car devant être proportionnée au but poursuivi, lui-même obligatoirement légitime³¹⁰⁴. Une nécessité qui doit ainsi toujours être « [...] établie de manière convaincante »³¹⁰⁵.

Une protection aussi rigoureuse entoure la constitution de fichiers informatiques, deux arrêts de principe « *LAENDER c/ Suède* » du 26 mars 1987 puis « *ROTARU c/ Roumanie* » du 4 mai 2000 apportant un fort éclairage sur la position de la cour sur cette question : ainsi, « la mémorisation et la communication de données personnelles sans possibilité de les réfuter constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée »³¹⁰⁶, le recueil systématique de données de nature publique et leur mémorisation « [...] dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics »³¹⁰⁷ pouvant faire entrer ces données dans le champ de la vie privée, surtout lorsqu'elles concernent « [...] le passé lointain [de la] personne »³¹⁰⁸. Cette protection toute particulière, devenue cruciale dans l'époque actuelle, est d'ailleurs inscrite dans un article spécifique de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE³¹⁰⁹.

■ 1. Le droit à l'intimité, une sphère privée malmenée par les institutions psychiatrique et pénitentiaire

Comme le fait remarquer Alexandre GRABOY-GROBESCO, « [e]ntendue largement, la notion de vie privée dans un tel contexte [celui de l'hospitalisation sous contrainte] renvoie à des situations qui sont vécues au quotidien. »³¹¹⁰. Respecter l'intimité de la personne signifie respecter une aire de liberté, où elle puisse agir sans contrôle, ne pas être soumise de manière incessante au regard d'autrui³¹¹¹. Cela touche également à l'existence d'installations sanitaires préservant leur pudeur. Le droit à l'intégrité physique et morale prend aussi une signification toute singulière en matière de soins psychiatriques, en tant que rempart contre les abus concernant les administrations forcées de traitements, ce qui oblige l'Etat à garantir ses citoyens contre de tels abus perpétrés dans des cliniques privées³¹¹². L'intimité prend également sens eu égard à la vie sexuelle de ces malades. La question était particulièrement cruciale au temps des hospitalisations sur plusieurs années. Ceci dit, libéralisation des mœurs et réduction du temps de séjour n'éradique pas la question, qui en reste pourtant à son statut de sujet largement occulté si l'on en croit Assia BOUMAZA. Dans le règlement intérieur de l'Unité fermée GAUDI à l'Hôpital Saint-Jacques, de tels rapports sont prohibés dans l'unité, au nom de la « [...] protection envers les personnes les plus vulnérables [...] ». Une telle attitude sonne comme banale dans le cadre du maintien de l'ordre et de la sécurité au sein d'un service public³¹¹³. Organisation et fonctionnement de ces entités justifie aux yeux du juge, des restrictions des libertés des usagers, dès lors que ces dernières restent proportionnées au

³¹⁰³ « Le danger d'arbitraire apparai[ssant] avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret » selon la Cour (arrêt Cour EDH, 2/8/1984, « *MALONE c/ Royaume-Uni* », req. n°8691/79, § 67), qui accepte, certes, l'exercice d'un pouvoir de surveillance en secret mais à titre strictement dérogatoire et s'il est prouvé que cet exercice est « [...] nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques » (Cour EDH, 6/9/1978, « *KLASS c/ Allemagne* », req. n°5029/71, § 42)

³¹⁰⁴ Arrêt Cour EDH, 25/3/1983, « *SILVER et al. c/ Royaume-Uni* », req. n°5947/72 et al. § 97. Il faut ainsi, suivant le même arrêt, que l'ingérence réponde « [...] à un besoin social impérieux [...] ».

³¹⁰⁵ Arrêt Cour EDH, 25/2/1993, « *FUNKE c/ France* », préc., § 55

³¹⁰⁶ E. DREYER, « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Communication Commerce Electronique*, mai 2005, n°5, p. 23, faisant référence à l'arrêt Cour EDH, 26/3/1987, « *LEANDER c/ Suède* », req. n°9248/81, § 48

³¹⁰⁷ Arrêt Cour EDH, 4/5/2000, « *ROTARU c/ Roumanie* », req. n°28341/95, § 43

³¹⁰⁸ Arrêt Cour EDH, 4/5/2000, « *ROTARU c/ Roumanie* », préc., § 43

³¹⁰⁹ Article 8 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE

³¹¹⁰ A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *AJDA*, 2004, p. 70

³¹¹¹ La commission européenne notait dans une décision du 18 mai 1976, « *Islande* », que le droit à l'intimité de la vie privée était le droit de « [...] vivre à l'abri des regards étrangers [...] » (rapporté par F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., 2008, dans, p. 459)

³¹¹² Arrêt Cour EDH, 16/6/2005, « *STORCK c/ Allemagne* », req. n°61603/00

³¹¹³ Ainsi, il en est de même au Centre Hospitalier ESQUIROL de Limoges. Cf. CONTROLEUR DES LIEUX PRIVATIFS DE LIBERTE, *Rapport de visite Centre Hospitalier Esquirol de Limoges (Haute-Vienne)*. 9-11 décembre 2008, [en ligne], site du CGLPL, p. 10

but poursuivi. Il semble que d'autres services soient plus libéraux, la position des médecins par rapport à la sexualité des malades mentaux variant du refus par protection à la reconnaissance d'un rôle thérapeutique, touchant à l'apprentissage de l'âge adulte, « [...] *du développement personnel et de l'acquisition de l'autonomie* [...] »³¹¹⁴. Monsieur GRABOY-GROBESCO reconnaît la nécessité d'« [...] *aménagements justifiés par le contexte de l'hospitalisation* »³¹¹⁵ mais revendique, pour sa part, le statut de « *liberté définie* » à cette « [...] *simple liberté* [encore] *innommée* [...] » à l'heure actuelle pour les patients hospitalisés³¹¹⁶.

Concernant les détenus, Béatrice BELDA montre comment est utilisée la jurisprudence constructive du juge européen, qui fait de la protection de l'intégrité physique et morale de l'individu par l'article 8 un quatrième degré de protection : cela lui permet de prendre en compte des faits considérés comme de gravité inférieure au seuil minimum requis pour rendre applicable l'article 3. Par ce truchement, la Cour tient compte de la situation de plus grande vulnérabilité des personnes privées de liberté et les protège donc particulièrement. Ou bien, seconde utilisation encore plus spécifique au contexte pénitentiaire, cela lui permet de tenir compte « *des exigences sécuritaires* » propres au contexte carcéral, qui peuvent empêcher l'applicabilité de l'article 3. Dans les deux cas, cette substitution de l'article 8 à l'article 3 offre une protection de l'intégrité physique et morale sans pour autant décrédibiliser l'utilisation de l'article 3 sur des faits trop peu graves de manière objective. Pour S. RABILLER, cette « [...] *application répétée de l'article 8* [dans ces conditions] [...] *contribuerait à une évolution des conditions de vie en prison.* »³¹¹⁷. Dans le cadre de cette première sphère d'intimité apparaît, comme pour les personnes hospitalisées sous contrainte, et de manière encore plus prégnante sans doute, la question de la sexualité. Pour le détenu incarcéré, les seules autorisations et possibilités sérieuses, en-dehors des permissions, s'épanouissent dans le cadre de la vie familiale. Et même dans ce cadre, l'évolution de la situation est très récente sinon encore en cours : en France, on l'a évoqué, jusqu'à la loi du 24 novembre 2009, seul un nombre réduit de prisonniers, toujours des condamnés enfermés pour de longues durées, avait accès aux structures permettant ces relations intimes³¹¹⁸. Et même si l'article 36 ouvre désormais ce droit à tous les détenus, sa mise en application concrète ne peut être immédiate : encore faut-il le temps que soient installées dans tous les établissements les structures adéquates.

Il est par ailleurs tout à fait symptomatique que le droit au mariage³¹¹⁹ reconnu effectivement, sans plus nécessiter d'autorisation préalable depuis le décret du 23 mai 1975, pour les détenus³¹²⁰ – et dont la procédure a été banalisée tant que faire se peut, afin de la rendre la plus comparable possible au mariage tel qu'il se déroule à l'extérieur – soit conçu, par le juge européen, uniquement dans sa dimension « [...] *purement formelle et administrative* [...] *excluant ainsi toute dimension affective et charnelle.* »³¹²¹. La consécration de cette position européenne s'exprimait de manière paroxystique dans l'arrêt de la première chambre de la Cour européenne des droits de l'homme « *DICKSON c/ Royaume-Uni* » qui semblait même ôter de la protection en faveur du détenu le second volet du droit au mariage tel que posé à l'article 12 de la CEDH, celui de fonder une famille³¹²². Ainsi, et la remarque est toujours d'actualité, le droit de signer un acte de mariage est

³¹¹⁴ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 247

³¹¹⁵ A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *op. cit.*, 2004, p. 70

³¹¹⁶ A. GRABOY-GROBESCO, « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *op. cit.*, 2004, p. 70

³¹¹⁷ S. RABILLER, citée par B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 250

³¹¹⁸ Cf. développements *supra*, p. 163

³¹¹⁹ Articles 12 de la CEDH, 16 de la DUDH et 23 du PIDCP

³¹²⁰ Article D. 424 CPP dans sa rédaction actuelle issue du décret n° 75-402 du 23 mai 1975

³¹²¹ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 176

³¹²² Dans son arrêt « *DICKSON c/ Royaume-Uni* » du 18/4/2006, req n°44362/04, la quatrième section de la Cour européenne n'a pas considéré que l'interdiction opposée aux requérants, un couple dont l'époux était condamné à une peine de prison à perpétuité pour meurtre, d'avoir recours à l'insémination artificielle pour concevoir un enfant était déraisonnable ni qu'elle rompait « [...] *le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général de la communauté et les intérêts de l'individu* » (§32). Elle se réfère en effet, pour justifier sa position, à la nature et à la gravité du crime perpétré, ainsi qu'au bien-être de l'enfant qui serait ainsi condamné à être privé de père « [...] *pendant une partie importante de [son] enfance* [...] », sans compter la carence d'aide matérielle entraînant « [...] *l'insuffisance apparente des ressources matérielles disponibles* [...] » et « [...] *l'absence de réseau de soutien de proximité pour la*

protégé par la Cour Européenne, pas les visites conjugales qui pourraient y être rattachées³¹²³, même si l'organisation de ces dernières est constatée « [...] avec sympathie [...] »³¹²⁴ par ce juge. La Grande chambre est par contre revenue sur la vision considérée comme trop extrême de la première chambre et il apparaît plausible de voir à terme cette juridiction imposer aux Etats l'organisation de visites conjugales. Dans son arrêt « *DICKSON c/ Royaume-Uni* » du 4 décembre 2007³¹²⁵, la formation solennelle de la Cour de Strasbourg a rejeté, en premier lieu, l'argument gouvernemental de la dimension rétributive de la peine à laquelle participait cette privation de conception d'enfant, qui posait ainsi le rejet de la demande artificielle comme un prolongement de la punition : la Cour insiste pour sa part sur la dimension de réinsertion que doit également recouvrir toute peine bien comprise, sens dans lequel vont les politiques pénales en Europe et à quoi engagent les textes européens adoptés les plus récents³¹²⁶. Notons en outre que c'est en ce cas l'épouse qui est également punie, sans justification en ce qui la concerne. La Grande chambre revient également sur l'argument de l'intérêt de l'enfant à venir qui serait privé de père, renvoyant implicitement aux nombreux cas classiques de familles monoparentales au sein desquelles nombre d'enfants sont élevés de nos jours³¹²⁷ ; elle fait primer explicitement le droit à l'enfant d'un couple sur les obligations positives que cela peut effectivement entraîner pour l'Etat au titre de la protection de l'enfance, la question du bien-être de l'enfant devant être une question à traiter dans un deuxième temps, une fois qu'il existe³¹²⁸. Certains commentateurs ont vu dans cette décision de la Grande chambre un prémisses, sinon de gouvernement des juges, en tout cas de décision politique, privée de la neutralité et du retrait que l'on attend d'une instance indépendante et devant garder toute sa hauteur par rapport aux débats d'opinion, qui doivent rester le propre de l'arène démocratique et du ressort de chaque Etat³¹²⁹. C'est également le caractère trop abstrait de son raisonnement qui est reproché à cette tenante de l'approche *in concreto*, seule cette dernière approche la garantissant, selon les mêmes auteurs, de toute objectivisation dangereuse de ses solutions et du glissement dénoncé vers le gouvernement des juges. On assisterait donc à une dérive de l'office du juge, outrepassant sa fonction judiciaire³¹³⁰. Sans prendre réellement position dans ce débat, nous relèverons pour notre part l'incitation, que la Cour laisse d'ailleurs entendre³¹³¹, que cette décision porte pour la généralisation des unités de vie familiale, qui régleront fort naturellement la question. Le coût matériel et logistique pour les Etats peut apparaître économiquement plus lourd, mais il est moralement infiniment plus confortable, faisant rebasculer ces questions douloureuses dans le droit commun de la vie sexuelle et procréatrice du couple. Le droit à l'insémination artificielle peut alors simplement être traité sans attention portée au statut de détenus des parents mais uniquement eu

mère et de l'enfant [...] », (§ 38). La Cour suit son principe de dissociation des deux droits contenus dans l'article 12, le justifiant dans son arrêt de Grande Chambre « *GOODWIN c/ Royaume-Uni* » du 11/7/2002 (req. n°28957/95) par la remarque que « [...] l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit [de se marier] » (§ 98). De même, la Commission estimait dès 1979 que l'impossibilité d'avoir des rapports conjugaux n'était pas un obstacle au droit de se marier, « [...] l'essence [de ce] droit [...] consist[ant] [...] à former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme. » (Comm. EDH, Rapport 13/12/1979, « *HAMER c/ Royaume-Uni* »)

³¹²³ Arrêt Cour EDH, 29/4/2003, « *ALIEV c/ Ukraine* », req. n° 41220/98

³¹²⁴ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté. op. cit.*, 2007, p 177, reprenant le terme de la Cour dans son arrêt du 18/4/ 2006, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », préc.

³¹²⁵ Arrêt Cour EDH, Gr. Chb, 4/12/2007, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », req n°44362/04.

³¹²⁶ Arrêt Cour EDH, Gr. Chb, 4/12/2007, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », préc., § 75

³¹²⁷ Argument soulevé par les requérants (§ 54), repris par Madame HERZOG-EVANS, qui le développe : au-delà même de la monoparentalité due à une rupture, certaines familles fonctionnent ainsi par obligations matérielles externes à l'harmonie du couple (profession de l'un des parent impliquant un éloignement fréquent et/ou long comme les marins ou vicissitudes de l'offre de travail sur le territoire, empêchant les deux parents de trouver un emploi dans la même région etc.) (M. HERZOG-EVANS, « Détenus : vers un droit à procréer ? Arrêt rendu par la cour européenne des droits de l'homme », *AJP*, 2008, p. 49)

³¹²⁸ Arrêt Cour EDH, Gr. Chb, 4/12/2007, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », préc., § 76

³¹²⁹ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention Européenne des droits de l'homme (septembre 2007-février 2008), *AJDA*, 2008, p. 980

³¹³⁰ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention Européenne des droits de l'homme (septembre 2007-février 2008), *AJDA*, 2008, p. 980, et de manière moins polémique, Jean-Christophe GALLOUX dans J.-Ch. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, « Droits et libertés corporels. Janvier 2007-février 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, n°21, Panorama, p. 1446

³¹³¹ Arrêt Cour EDH, Gr. Chb, 4/12/2007, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », préc., § 81

égard aux critères de droit commun, comme cela semble être le cas en France³¹³².

Malgré les avancées en cours, l'interdiction de ces relations intimes dans le cadre des parloirs en France, passibles de sanctions disciplinaires demeure la trace d'un certain mépris pour le droit à la vie sexuelle en tant que tel, même si, il est vrai, ces restrictions au droit à la vie privée, dans sa dimension de droit à l'intimité, n'ont pas de dimension punitive volontaire mais sont acceptées comme dues à des nécessités sécuritaires et des contraintes organisationnelles du service pénitentiaire, eu égard à sa mission de garde des personnes privées de liberté³¹³³.

C'est aussi la question de la vidéo-surveillance qui se pose de manière accrue avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 ouvrant la possibilité – voire l'imposant à tout établissement ouvrant après entrée en vigueur de la loi – aux établissements pénitentiaires de s'équiper de caméras pour surveiller tous les « angles morts » de leurs structures, dès lors qu'ils se trouvent dans des espaces collectifs, en vue de prévenir les actes de violence notamment entre détenus. Cette solution pourra peut-être permettre une sécurisation des cours de promenade ; on peut par contre s'interroger sur la solution préconisée pour les douches collectives encore en service dans un certain nombre d'établissements, et qui sont, elles aussi, des lieux mythiques de crainte pour nombre de détenus, qui préfèrent sacrifier leur hygiène à la fréquentation de ces lieux non contrôlés. La préservation d'une intimité minimale des personnes détenues ne peut laisser envisager d'y installer des caméras. De même, il semble hors de question d'en placer dans les cellules, lieu symbolique du peu d'intimité octroyé au détenu, même s'il est déjà malmené par la cohabitation non choisie et les fouilles réglementaires des lieux. On peut espérer que les cellules collectives ne seront pas considérées comme des espaces collectifs, et que la prévention de la violence passera par d'autres artifices tels que l'encellulement individuel, et la cohabitation soigneusement sélectionnée.

Une question qui trouve une résonance également à l'hôpital, où la recherche de sécurité des patients et des soignants commence à s'orienter vers ce type de système, dans des proportions parfois plus attentatoires à l'intimité que ce qui est proposé en prison. Au nom de la préservation du patient voire d'une meilleure qualité du soin (prévention de la crise permise par la caméra contrairement à la visite régulière ne permettant d'intervenir qu'après la décompensation, donc en pleine crise), certains établissements hospitaliers ont déjà installé des caméras jusque dans les chambres d'isolement, mais parfois même dans toutes les chambres comme à l'USIP du centre hospitalier d'Eygurande, l'équipe soignante déclarant n'activer le système que lors de la période d'observation ou de soins intensifs. On remarquera que même la très récente UMD de Plouguernevel n'a pas osé aller jusque là, cantonnant le réseau de caméras aux chambres d'isolement et que, on l'a évoqué, dans les UHSA, la caméra reste réservée à des lieux collectifs et de passage, étant exclue en tout cas des chambres et des locaux de soins. Le procédé de « l'oeil constant » sur le patient interroge nécessairement, surtout lorsqu'il rentre ainsi dans les zones d'intimité de l'individu que devraient être sa chambre, apparaissant un palliatif au manque de personnel chronique des unités de soins fermées. Les arguments des établissements hospitaliers et de leur personnel apparaissent sensés et recevables dans la mesure où c'est la vie des patients qui peut en dépendre (prévention des suicides), la mise en cause de la responsabilité de l'établissement en cas de problème (et notamment d'autolyse réussie), la sécurité du personnel : sur ce dernier point précisément, on peut déjà être plus critique car un renfort de personnel, dont la nécessité est criante sur tous les plans et pas uniquement sur celui de la sécurité, pourrait résoudre ce problème ; dans tous les cas la présence de caméra ne fera pas mieux.

Une dimension importante de la vidéosurveillance, celle de « *l'illusion de la sécurité* » doit participer au débat : une multiplication des caméras, donc des écrans et des images à contrôler en même temps, connaît un seuil critique pour l'être humain, au-delà duquel l'agent préposé ne peut tout contrôler. La caméra perd alors son intérêt sécuritaire. Sans compter que dans ces services où le personnel est déjà si compté, il faudra mobiliser un soignant pour surveiller en continu ces écrans de contrôle...à moins d'accepter que la tâche soit dévolue à un agent extérieur spécialement

³¹³² Cf. M. HERZOG-EVANS, « Détenus : vers un droit à procréer ? » Arrêt rendu par la cour européenne des droits de l'homme, *AJP*, 2008, pp. 48-49

³¹³³ Cf. V. TCHEN, « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *op. cit.*, 1997, pp. 611-612

embauché, ce qui serait plus que contestable sur le plan du respect du malade observé, du secret médical, voire de sa dignité. Aucun établissement s'étant équipé de caméras n'a d'ailleurs osé envisager une telle alternative. Le CGLPL se montre très réservé sur ce procédé très ambivalent et potentiellement très attentatoire aux droits fondamentaux des personnes hospitalisées. Il faut dans tous les cas que les exigences minimales imposées à l'installation de caméras dans les lieux publics soient respectées dans leurs grandes lignes, notamment quant à la fixation de durée de conservation des enregistrements, d'information des personnes concernées sur le fait qu'elles sont filmées, de protection des salles de contrôle afin de limiter la vue de ces écrans aux seuls contrôleurs et non d'exposer ces images aux yeux d'un public inutilement élargi.³¹³⁴

Autre déclinaison du droit à la vie privée, dans le contexte d'hospitalisation à temps plein, la chambre d'hôpital est considérée comme un domicile, même provisoire, pour son ou ses occupant(s) et protégée au même titre contre les violations, perquisitions et intrusions, y compris sur un plan pénal³¹³⁵. Et c'est à l'établissement de protéger les patients qu'il accueille contre l'intrusion de personnes importunes. La question est plus controversée concernant la cellule de prison : concernant les cellules de maisons d'arrêt, la qualification de domicile a été refusée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1989³¹³⁶. Des solutions plus récentes commencent à parler de perquisitions eu égard à ces lieux de réclusion intime des détenus, évoluant ainsi vers une protection accrue, proche de celle du domicile³¹³⁷.

■ 2. Le droit à la confidentialité des correspondances et communications et le droit à la vie privée sociale, des droits peu appréciés par les deux institutions et à la violation légale

Concernant le droit au secret de la correspondance, le dilemme a déjà été évoqué précédemment : si le droit d'émettre et recevoir du courrier appartient normalement à la liste des droits inaliénables de la personne hospitalisée sous contrainte, l'inviolabilité de son courrier n'est pas reconnue expressément. Une omission qui laisse transparaître la position d'un certain nombre de praticiens hostiles à une liberté épistolaire sans contrôle pour des patients pouvant être amenés, du fait de leurs troubles, à effectuer des actes inconsidérés et pouvant porter préjudice à eux-mêmes comme, éventuellement, à des tiers.³¹³⁸ Cependant, ce silence des textes est jaugé par la jurisprudence au regard du droit commun interne – seules les « [...] *restrictions nécessitées par l'état de santé* [de la personne] *et la mise en oeuvre de son traitement* [...] » pouvant justifier une atteinte à « [...] *l'exercice de ses libertés individuelles* [...] »³¹³⁹ – et des textes européens, l'article 6 de la Recommandation européenne R (83) 2 du comité des ministres étant venue conforter l'interprétation jurisprudentielle constante de l'article 8 CEDH sur ce point : la confidentialité de la correspondance étant, comme on l'a évoqué, le complément nécessaire du droit d'émettre et de recevoir du courrier sans entrave pour garantir le respect de la vie privée des personnes hospitalisées, seul un « *impératif médical* » avéré peut justifier des atteintes à ce droit au secret des courriers. Le silence qui s'est abattu à nouveau sur l'ensemble de la question du courrier dans la Recommandation de 2004 peut néanmoins laisser perplexe mais est sans doute à relativiser, même

³¹³⁴ Cf. sur le sujet le chapitre du *Rapport annuel d'activité 2009* du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, [en ligne], site du CGLPL, 2010, pp. 102-111

³¹³⁵ Ainsi, arrêt CA de Paris, 17/3/1986, « *Assistance publique de Paris c/ PACHET et autres* » : « [...] une chambre d'hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l'article 184 du code pénal [correspondant à l'actuel article 432-8 du Code pénal] un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée et pour tout le temps que dure cette affectation, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d'être défendu contre la curiosité publique. » (*Gazette du Palais*, 1986, Jurisprudence, p. 429). Les violations de domiciles sont réprimées par la loi du chef de l'article 226-4 du Code pénal si l'intrus est un particulier, au titre de 432-8 si l'intrus est un dépositaire de l'autorité publique.

³¹³⁶ Cf. arrêt Cass. crim., 18/10/1989, « *HAKKAR* », n° 89-80462, [en ligne], Légifrance. Jean PRADEL justifiait, en 1996, ce refus de qualification par le fait que le domicile « [...] *est le lieu où la personne vit volontairement* [...] » alors que, par nature, le prisonnier est placé contre sa volonté en cellule. (J. PRADEL, « Le domicile dans lequel les règles de la perquisition doivent être suivies doit être pourvu des équipements nécessaires à l'habitation effective ou abriter une activité permanente », *Recueil Dalloz* 1996, p. 257)

³¹³⁷ Cf. Cass. crim. 19/1/1999, n° 98-82. 898 et analyse de M. HERZOG-EVANS et J.-P. CERE, *Répertoire pénal Dalloz*, 2006, p. 38, n° 223

³¹³⁸ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 124

³¹³⁹ Alinéa 1er de l'article L. 3211-3 CSP

si un tel retrait reste décevant, avec la proclamation du principe de restriction minimale inscrit à son article 8³¹⁴⁰. Il n'en reste pas moins qu'en outre, le Code pénal de 1994 sanctionne désormais les rétentions de courrier non autorisées par la loi commises par les dépositaires de l'autorité publique ; des dispositions susceptibles de s'appliquer aux directeurs d'hôpitaux³¹⁴¹.

Le progrès est à souligner par rapport à l'état du droit sous la loi de 1838 qui n'avait apparemment pas évolué depuis les interprétations jurisprudentielles des années 1930³¹⁴² et qui était vivement critiqué par certains juristes : déjà le critère des « *nécessités du traitement* » laissé à l'entière appréciation du médecin et régissant la possibilité d'exercice de cette liberté était dénoncé comme offrant un pouvoir discrétionnaire au médecin ou au directeur de l'établissement³¹⁴³. Et même si progressivement, la jurisprudence a admis « [...] *la rétention et le retard dans la remise du courrier sans aucun motif médical* [...] »³¹⁴⁴ comme constitutifs d'une faute engageant la responsabilité civile de leur auteur, la possibilité d'invoquer à tout moment « [...] *la santé de l'intéressé, la paix des familles ou l'ordre public* [...] » pour justifier une ouverture ou une rétention de courrier, et ce même lorsque leur destinataire est une autorité officielle expressément visée par la protection de l'article 29 de la loi, paralyse l'effectivité de la protection de la liberté de correspondance ainsi construite³¹⁴⁵. En rajoutant à cela l'impossibilité matérielle dans laquelle était placé l'interné, sans les fournitures nécessaires à la rédaction de telles missives³¹⁴⁶. Ceci dit, on rappellera à la faveur de cet ancien état du droit que le contrôle systématique des correspondances et sans justifications valables, tenant à l'ordre public, était déjà sanctionné comme attentatoire au droit au respect de la correspondance des deux interlocuteurs³¹⁴⁷.

Mais à côté de ce droit reconnu à la correspondance, et dont l'application effective n'est pas certaine³¹⁴⁸, toutes les autres formes de communications restent soumises à la volonté médicale³¹⁴⁹. Certes, au même titre que l'exercice de toutes les autres libertés individuelles, la loi de 1990 impose un minimum de justifications³¹⁵⁰ mais l'exigence reste maigre eu égard au type de contrôle exercé sur le caractère effectivement thérapeutique ou médical et sur la pertinence de la mesure par rapport à l'état de santé du malade généralement opéré par le juge ou les autorités de contrôle³¹⁵¹. Il

³¹⁴⁰ Article 8 de la Recommandation Rec(2004)10 du 22 septembre 2004, préc. : « Les personnes atteintes de troubles mentaux devraient avoir le droit d'être soignées dans l'environnement disponible le moins restrictif possible et de bénéficier du traitement disponible le moins restrictif possible ou impliquant la moindre intrusion, tout en tenant compte des exigences liées à leur santé et à la sécurité d'autrui. »

³¹⁴¹ Article 432-9 du Code pénal

³¹⁴² Cf. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 132 et nos développements sur l'état du droit avant-guerre *supra*, pp. 567-568

³¹⁴³ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 132

³¹⁴⁴ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 50

³¹⁴⁵ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 50, s'appuyant sur B. CUAU et D. ZIGDANE, *La politique de la folie*, Paris, Stock, 1973, p. 25

³¹⁴⁶ J. PREVAULT, *L'internement administratif des aliénés*, op. cit., 1955, p. 127

³¹⁴⁷ Arrêt CAA Bordeaux, 27/11/1995, « *M. BERNARDET* », préc., mais traitant d'un litige né au cours d'une hospitalisation durant les années 1987 et 1988 donc sous l'empire de la loi de 1838 et jugé en conséquence. La CEDH est visée dans le dispositif de l'arrêt.

³¹⁴⁸ Des auteurs tels que Madame BOUMAZA laissent clairement entendre que ce droit, dans le seul caractère absolu de la possibilité d'échanges épistolaires qu'il pose - on ne parle donc pas de la confidentialité des missives -, n'est même pas respecté. Ainsi évoque-t-elle les interceptions de courriers en tant que réalités et non au seul titre de projet de réforme ou souhait des psychiatres (cf. A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, op. cit., 2002, vol. II, p. 130). Il faut en outre songer à la grande difficulté de prouver, dans tous les cas, la rétention ou la destruction de courriers, les lettres étant remises pour envoi au personnel soignant et non directement posées à la poste (enfermement oblige) par le patient.

³¹⁴⁹ La reconnaissance du caractère inaliénable aux seules communications par courrier a été confirmée par la fiche d'information n°0 de la circulaire du 13 mai 1991

³¹⁵⁰ Cf. alinéa 1er de l'article L. 3211-3 CSP

³¹⁵¹ Le Conseil Constitutionnel a néanmoins jugé que cette marge de restriction des libertés de la personne et cette absence de protection du droit de communication autre que épistolaire des personnes hospitalisées sous contrainte ne « [...] port[aient] pas une atteinte disproportionnée à l'exercice des droits constitutionnellement garantis [...] » dans la mesure où, est bien précisé à l'alinéa 1er de l'article L. 3211-3 CSP que les restrictions doivent se cantonner à

en va de même pour les relations sociales du malade et son droit de visite, entièrement soumis à la décision médicale dans le cadre du premier alinéa de l'article L. 3211-3 CSP.

Concernant les détenus³¹⁵², ce droit à la correspondance est une pierre angulaire, on l'a évoqué, pour les relations du détenu avec l'extérieur, particulièrement préservée, à ce titre, par les juges internes comme par celui européen. Ainsi en France, on l'a vu, ce droit ne peut plus lui être ôté, même lors d'un placement en quartier disciplinaire. En outre, la protection effective de ce droit impose, au-delà des obligations négatives de non-rétention du courrier, une obligation positive de donner les moyens au détenu d'user de ce droit. La Cour européenne voit d'ailleurs dans cette obligation une simple conséquence logique, « [...] *inhérent[e] à l'exercice de [ce] droit* [...] »³¹⁵³ pour le prisonnier et due à la situation contrainte de l'individu, qui l'empêche d'avoir accès librement à ces fournitures. La Cour dégage donc les modalités d'exercice de ce droit accordées à une situation particulière, sans ajouter réellement au texte de l'article 8 ; elle veille uniquement à ne pas le vider de son contenu en le laissant être paralysé par des détails matériels. Le droit interne avait, pour sa part, adopté des dispositions du même ordre³¹⁵⁴. C'est bien ce qui ressort des dispositions de l'article D. 251 CPP énumérant les sanctions disciplinaires possibles : la privation d'achat en cantine concerne tous les articles sauf produits d'hygiène, « *nécessaire de correspondance* » et tabac. Cette exception se retrouve dans tous les cas, marquant bien la volonté de laisser au détenu de manière effective cette dernière faculté, quelle que soit sa situation. La Cour est extrêmement exigeante pour la protection de cet ultime lien consistant avec l'extérieur. Elle pose ainsi une présomption de causalité envers les autorités pénitentiaires : en cas de litige sur un acheminement de courrier entrant, la charge de la preuve leur incombe pour démontrer que les lettres destinées à un détenu lui sont effectivement parvenues³¹⁵⁵.

Il faut rappeler cependant l'absence de confidentialité du courrier, potentiellement contrôlable par les autorités pénitentiaires qu'il soit entrant ou sortant, qui porte une atteinte substantielle au respect de la vie privée et de l'intimité des relations personnelles du détenu. Prévues à l'origine par le code de procédure pénale³¹⁵⁶, confirmées et consacrées au rang législatif par la loi du 24 novembre 2009³¹⁵⁷, cette ingérence est justifiée par des raisons de sécurité par le droit français. Des critiques se font de plus en plus récurrentes, pourtant, prenant en exemple d'autres pays européens comme l'Espagne qui respectent la confidentialité du courrier, pour demander la remise en cause de ce principe.

Par ailleurs, les articles D. 414 et suivants laissaient ouverte la possibilité de restriction à ce droit de correspondance pour les condamnés, pourtant posée de manière très large au premier alinéa de ce même article : le chef d'établissement a le pouvoir d'interdire des relations épistolaires avec d'autres personnes que les proches, une censure peut s'opérer, de droit, dès lors que les termes employés paraissent, de l'avis du contrôleur, propres à contenir des menaces pour la sécurité de tiers, de l'établissement pénitentiaire ou de la société et ces décisions de retenues de courrier ne font l'objet que d'un contrôle restreint par le juge administratif³¹⁵⁸. Là encore, cette limitation posée au droit de correspondance des détenus est entérinée, dans son principe, par la loi du 24 novembre

celles véritablement « [...] *nécessitées par [l']état de santé [du patient] et la mise en oeuvre de son traitement* » (décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « *Mademoiselle Danielle S.* », [en ligne], préc., cons. 31)

³¹⁵² On notera que concernant les détenus, les décrets d'application de la loi du 24 novembre 2010 ont abrogé les articles D. 413 à D. 418 (pour ce qui concerne la correspondance écrite), les remplaçant par les articles R. 57-8-16 à R. 57-8-19 CPP.

³¹⁵³ Arrêt Cour EDH, 3/6/2003, « *COTLET c/ Roumanie* », req. n°38565/97, cité par B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 179

³¹⁵⁴ La commission européenne avait évoqué cette obligation positive dès un rapport du 15 décembre 1988 « *GRACE c/ Royaume-Uni* » (cité par B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 178). Dans ce rapport, elle rajoute l'obligation pour les autorités pénitentiaires d'informer la personne sur les modalités de circulation du courrier, afin d'assurer au détenu un acheminement efficace de son courrier.

³¹⁵⁵ Arrêt Cour EDH, 26/2/1993, « *MESSINA c/ Italie* », req. n°13803/88

³¹⁵⁶ Alinéa 1er de l'ancien article D. 416 CPP, abrogé au 29 décembre 2010

³¹⁵⁷ Alinéa 2 de l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³¹⁵⁸ Arrêt TA Limoges, 16/5/1991, « *RANNAUD* », JCP 1992, IV, p. 37, n°344

2009³¹⁵⁹ et ainsi reprise, pour application, aux articles R. 57-8-16 à R. 57-8-18 du Code de procédure pénale. Ceci dit, le principe posé par le droit pénitentiaire français reste celui de la correspondance avec toutes les personnes de leur choix pour ces détenus³¹⁶⁰.

Concernant les correspondances téléphoniques, elles sont reconnues définitivement comme un droit pour tous les détenus, prévenus comme condamnés, avec la loi du 24 novembre 2009, moyennant un certain nombre de conditions pouvant ouvrir à refus, suspension, ou retrait³¹⁶¹. Le contrôle de ces communications reste organisé par l'article 727-1 CPP qui permet l'écoute, l'enregistrement et l'interruption de ces communications par l'administration pénitentiaire sous le contrôle du Procureur de la République, exception faite des communications des intéressés avec leur avocat. Les interlocuteurs sont informés de ces modalités de communication et les enregistrements non-transmis à l'autorité judiciaire ne peuvent être conservés plus de trois mois³¹⁶². Au vu du droit européen, ces communications sont protégées au même titre que celles civiles dans la mesure où une mise sur écoute doit respecter les conditions de prévision par la loi, de nécessité dans la poursuite d'un but légitime et être entourée de toutes les garanties adéquates ; dès lors, il n'est pas possible d'instaurer une surveillance générale. Enfin, le consentement du détenu ne suffit pas à rendre l'écoute conforme à l'esprit de l'article 8.

Quant aux conversations de parloirs, leurs enregistrement systématique est contraire au respect de la vie privée issue de l'article 8 CEDH, « [...] déni[ant] [en effet] à la fonction du parloir sa seule raison d'être, celle de maintenir une « vie privée » du détenu relative [...] »³¹⁶³.

La correspondance participe au droit de l'individu de maintenir des relations sociales avec l'extérieur, gage, non unique mais nécessaire, de sa réinsertion satisfaisante dans l'avenir. Or ce maintien des relations sociales participe également à l'affirmation d'une reconnaissance maintenue de sa qualité d'Homme, dont la nature d'« animal social » est inhérente à la nature humaine. La Cour européenne tient à voir préserver la vie familiale du détenu dans ce cadre³¹⁶⁴, la notion devant être entendue largement : il ne s'agit pas de s'arrêter aux seul conjoint marié et parents directs mais de laisser la possibilité « [...] de créer ou d'approfondir de nouveaux liens familiaux. »³¹⁶⁵, allant jusqu'à poser des obligations positives, mais seulement de moyen³¹⁶⁶, aux autorités pénitentiaires pour encourager et aider à maintenir ces liens. Ainsi, le contact direct, par le biais des visites, semble favorisé. Cependant, une décision comme « *SCHEMKAMPER c/ France* »³¹⁶⁷, rendue en 2005, laisse songeur sur la solidité de la protection du maintien des liens familiaux défendue par la Cour. En l'espèce, elle considère en effet que « [...] les liens familiaux [pouvant justifier une permission de sortir pour aller voir un proche malade] sont dépendants de l'âge et de l'état de santé des membres de la famille en cause [...] ». Elle se refuse donc à poser une relation outrepassant toutes les contingences pratiques ou sécuritaires, subordonnant cette dernière à des critères d'une matérialité déroutante lorsque l'on traite d'affectif. En outre, ces critères ne portent pas pour autant de réelle objectivité car la fixation du seuil entre les âges et les états de santé justifiant l'octroi ou non d'une permission reste indécise et sera nécessairement subjective. On a exposé précédemment les mesures prises en parallèle par le droit français pour permettre et même encourager le maintien de ces liens familiaux, et également pour éviter l'isolement du détenu : aumôniers, visiteurs de prisons comme associations diverses se voient ouvrir les portes des établissements pénitentiaires

³¹⁵⁹ Alinéa 2 de l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³¹⁶⁰ Alinéa 1er de l'article D. 414 CPP, devenu alinéa 1er de l'article R. 57-8-16 CPP et alinéa 1er de l'article 40 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³¹⁶¹ Cf. supra le détail sur ce sujet au chapitre I, titre II de la partie I, pp. 167-171

³¹⁶² Alinéas 2 et 3 de l'article 727-1 CPP

³¹⁶³ Arrêts Cour EDH, 5/11/2002, « *ALLAN c/ Royaume-Uni* », req. n°48539/99, et 20/12/2005 « *WISSE c/ France* », req. n°71611/01 *contra* Cass.crim, 12/12/2000

³¹⁶⁴ Cf à ce sujet les développements de Béatrice BELDA dans sa thèse, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, notamment pp. 171 et s.

³¹⁶⁵ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 158

³¹⁶⁶ Cf. sur ce sujet, B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, pp. 183-187

³¹⁶⁷ Arrêt Cour EDH, 18/10/2005, « *SCHEMKAMPER c/ France* », req. n°75833/01. Cf. également la critique de cette position jurisprudentielle par Béatrice BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, pp. 173-174

pour offrir au détenu un embryon de réseau social et en tout cas, lui (ré)apprendre la mise en contact saine avec d'autres individus. La préservation voire la création de nouveaux liens sociaux peut, en outre, se réaliser dans le cadre des permissions de sortie.

Le droit de visite se montre dans tous les cas beaucoup plus minutieusement encadré en prison que dans le monde psychiatrique. On ressent à ce niveau, à l'étude successive des deux institutions telles qu'elles ont évolué, la cristallisation de la différence entre les deux, du tournant que semble avoir adopté l'institution psychiatrique par rapport à celle carcérale, de toute la divergence d'enjeux entre la vocation thérapeutique et celle plus sécuritaire que punitive. Mais ce tournant est sans doute aussi le fruit des populations accueillies, celles carcérales se montrant plus contestataires, surtout au plan juridique, que celles psychiatriques. On voit également qu'en psychiatrie, il n'y a rien à réglementer, la décision médicale étant le principe sur l'ensemble du régime de vie des internés et donc, pour le dire autrement, l'acte discrétionnaire étant reconnu en faveur du médecin comme naturel. On se méfie du médecin sur l'acte d'internement mais ensuite, carte blanche lui est laissée.

■ 3. Le droit à la confidentialité de ses données personnelles

La confidentialité des informations concernant un individu appartiennent sans aucun doute à la sphère protégée par la protection de la vie privée. C'est pour rendre effectif ce droit reconnu à toute personne que la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a posé, dans son article 42³¹⁶⁸, après rappel de ce droit, la possibilité pour les détenus de confier tous ces documents, ou ceux de leur choix, au greffe de l'établissement, qui les met bien entendu à disposition de leur propriétaire dès que celui-ci le souhaite. Il s'agit en réalité de proposer une protection de ces documents, parfois importants, et dans tous les cas contenant des informations que le détenu ne souhaite pas divulguer, en les soustrayant à la curiosité de ses compagnons de cellule. Cette confidentialité et cette protection sont même imposées au détenu dès lors que le document mentionne le motif d'écrou, soit l'infraction reprochée à l'intéressé. Au-delà de la confidentialité d'ailleurs, peut ainsi être également protégée l'intégrité desdits documents. Et c'est aussi une protection du détenu lui-même, qui peut être exposé, en cas de découvertes de ces documents, à des violences, lynchages, harcèlements par ceux qui ont fait main basse dessus. Une mesure qui répond ainsi particulièrement, comme le fait remarquer Martine HERZOG-EVANS, au contexte de surpopulation carcérale, et semble louable dans cette optique de protection de l'individu et de ses droits mais à double tranchant puisqu'elle peut gêner une préparation de défense ou un aménagement de peine. Selon Madame HERZOG-EVANS, réserver ce caractère obligatoire aux maisons d'arrêt, aurait vraisemblablement suffi³¹⁶⁹.

■ 4. La question des fichiers, l'utilisation des données à fins sécuritaires

Quant au recueil et à la mémorisation de données personnelles ainsi qu'à la constitution de fichiers, le maintien d'un contrôle social trouvant sa source d'inspiration lointaine dans la loi de 1838 peut paraître assez déroutante pour le juriste né après 1978 et vivant dans l'illusion de l'atemporalité de ces deux lois concernant les libertés publiques face aux fichiers informatiques d'une part³¹⁷⁰, aux documents administratifs de manière générale et à leur accès d'autre part³¹⁷¹. Une contradiction certaine apparaît entre la constitution de ces fichiers, stigmatisation sociale consommée du malade mental, et l'approche de la maladie mentale défendue depuis les années 1960, recherchant une abolition complète de toute discrimination envers la folie. Ainsi, Marie-Pierre CHAMPENOIS-MARMIER et Jean SANSOT expliquent sans détour qu'« [à] la sortie de l'hôpital psychiatrique, le malade mental [...] [,] présumé guéri, à tout le moins pour un temps [,] [...] ne redevient pas pour autant un citoyen comme l'ancien malade d'un service de médecine générale. [...] [L]es personnes qui ont été internées [...] au titre de la loi de 1838 demeurent, après la fin de l'hospitalisation, soumises à l'observation de la police des aliénés. Ils sont, en outre,

³¹⁶⁸ Précisé, pour sa mise en application, par les articles R. 57-6-1 à R. 57-6-4 CPP issus du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

³¹⁶⁹ M. HERZOG-EVANS, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *op. cit.*, 2010, p. 36

³¹⁷⁰ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »

³¹⁷¹ Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal »

inscrits au fichier des aliénés tenu par le Bureau d'hygiène mentale de la Direction de la prévention de la protection civile. »³¹⁷². Les deux auteurs écrivent en 1983. Ils présentent un état du droit, certes à cheval sur la période antérieure et postérieure à 1978 et ses lois renforçant la protection des libertés des citoyens par rapport aux ingérences de l'Administration, mais qui reste inchangé, apparemment, alors même qu'il s'agit de constitution de fichiers rassemblant des données nominatives et personnelles. Ils s'appesantissent, dans la suite de leurs développements, sur les fichiers parisiens concernant les aliénés. Cependant, ayant évoqué des fichiers mis en place sur tout le territoire afin d'assurer un contrôle social effectif des malades mentaux, on peut supposer qu'un certain nombre de leurs remarques concernant les premiers seraient généralisables à tous les seconds. Or ces fichiers sont considérés comme des mesures d'ordre intérieur sur un plan strictement juridique, au prétexte qu'ils sont simplement des outils de travail, servant à l'exécution de la mission de contrôle social, c'est-à-dire de surveillance, par les autorités policières des malades mentaux sortis d'hospitalisation. En conséquence, ils devaient *a priori* rester ignorés du public, y compris des personnes fichées, et ne pouvaient faire l'objet des recours en droit de rectification des données.

En 1976, le Conseil d'Etat, saisi sur une affaire individuelle³¹⁷³, ne s'est pas prononcé sur la légalité du « fichier des aliénés de la préfecture de Police » de Paris. Il a cependant relevé, comme contraire au droit, la divulgation des informations personnelles contenues dans ce fichier à un tiers autre qu'un fonctionnaire de police³¹⁷⁴. Par contre, il « [...] reconnaît à l'autorité de police le droit « de recueillir et de réunir sous forme de fichier toutes les informations utiles sur les personnes dont l'état mental risque de menacer l'ordre public. » »³¹⁷⁵. Mais, dernier souci, ce fichier semble mal tenu, « [...] pas très régulièrement mis à jour [...] »³¹⁷⁶ comme l'indiquent Marie-Pierre CHAMPENOIS-MARMIER et Jean SANSOT. La loi du 6 janvier 1978 a placé ce fichier, quoique manuel, sous son emprise : le droit de tout citoyen d'interroger les services à propos de leurs fichiers « non automatisés », dès lors qu'ils contiennent des données nominatives concernant le demandeur, est reconnu par l'article 25 de la loi.

La situation reste cependant floue et un certain nombre de défauts entachent ce fichier sélectif, dans lequel ne figurent pas les personnes placées en cliniques privées, ce qui rompt l'égalité de traitement par rapport aux personnes passées par l'infirmerie de la préfecture de police ou dans un établissement public ou assimilé. Les deux auteurs eux-mêmes ne sont pas parvenus à obtenir toutes les informations souhaitées concernant tous les fichiers établis dans les administrations parisiennes³¹⁷⁷. Madame BOUMAZA mentionne la création, postérieure, cette fois, à la loi de 1990, de fichiers concernant les personnes hospitalisées sous contrainte dans les DDASS : ceux dits « HOPSY », ont remplacés en 1994³¹⁷⁸ les fichiers dits « GEPHOSPC » mis en place par un précédent arrêté de 1992³¹⁷⁹. Des mesures purement gestionnaires, mais organisant des fichiers contenant des données vraisemblablement considérées sensibles par la CNIL. Ces fichiers recensent en effet des informations nominatives concernant notamment outre l'identité précise des personnes hospitalisées sans leur consentement, leur situation administrative voire le cas échéant, leur situation par rapport à la justice, sachant que par l'essence même du fichier, ces informations

³¹⁷² M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 183. Ne sont ainsi visées que les personnes hospitalisées sans consentement (« [...] internées [...] au titre de la loi de 1838 [...] »)

³¹⁷³ Arrêt CE Ass., 13/2/1976, « M. DEBERON », *AJDA* 1976, p. 199, note M. BOYON et M. NAUWELAERS

³¹⁷⁴ Il faut notamment penser aux relations entre administrations, celle judiciaire comprise.

³¹⁷⁵ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 193

³¹⁷⁶ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 190

³¹⁷⁷ cf. M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux*, op. cit., 1983, p. 189, note (1)

³¹⁷⁸ Arrêté du 19 avril 1994 « relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques », préc.

³¹⁷⁹ Arrêté du 26 février 1992 « relatif aux traitements automatisés d'informations nominatives pour assurer le suivi des personnes hospitalisées sans consentement pour troubles mentaux », préc.

renseignent sur la santé de ces personnes. Pourtant l'utilisation de ces données à des fins autres que purement gestionnaires a commencé à apparaître avec la possibilité de consultation indirecte de ces fichiers par les services instruisant les demandes d'autorisation de port d'arme. Une utilisation qui demeurait légitime eu égard à la gravité de la décision devant être prise en aval pour la sécurité publique, et surtout proportionnée puisque le choix des informations à transmettre restait à l'appréciation des services sanitaires de la préfecture, soumis au respect du secret médical. On restait en outre sur une conservation des données minimale, puisque, cantonnée à la durée de la mesure d'hospitalisation, le terme étant la fin de l'année civile suivant la levée d'hospitalisation sans consentement.

Le projet de loi relative à la prévention de la délinquance de juin 2006 qui s'inscrivait, pour sa part, dans une visée clairement sécuritaire, proposait, dans une première mouture, un fichier recensant au plan national toutes les personnes hospitalisées d'office, permettant dès lors la consultation de ces données nationales par les DDASS et les préfets eux-mêmes quel que soit leur ancrage territorial, et non plus un accès limité aux seules mesures prises sur leur département de compétence.³¹⁸⁰ Pris lui-même dans une visée purement sécuritaire, ce fichier s'appuyait sur la définition théorique de l'hospitalisation d'office, qui doit normalement ne concerner que les personnes présentant un risque pour l'ordre public. La CNIL, qui ne peut plus qu'émettre un avis motivé sur la création des fichiers par les pouvoirs publics depuis la loi du 6 août 2004³¹⁸¹, ne s'est pas opposée à la mise en place d'un tel recensement, qui ne lui paraît « [...] *pas illégitime* [...] » en soi. Elle attire cependant l'attention sur le caractère sensible d'un certain nombre de données, notamment ayant trait à la santé mentale de la personne et qu'elle juge nécessiter l'instauration de « [...] *garanties particulières*. ». Ainsi, elle avait requis le maintien d'un droit d'accès indirect pour le préfet et les services autres que la DDASS à ces informations, afin de préserver au maximum la confidentialité de données normalement protégées par le sceau du secret médical et l'interdiction de toute « [...] *mise à disposition, rapprochement ou interconnexion avec d'autres traitements de données à caractère personnel* »³¹⁸². Mais Nicolas SARKOZY, à l'époque ministre de l'Intérieur avait finalement renoncé à la création de ce fichier, l'ôtant, en cours de discussion, du texte soumis aux parlementaires qui deviendra la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance³¹⁸³.

Le traitement de la donnée que constitue la déclaration d'irresponsabilité pénale pose un nouveau problème éthique eu égard à la diffusion d'une donnée sensible dans la mesure où elle touche l'état de santé de l'individu et est hautement stigmatisante. L'étendue de sa diffusion potentielle, puisque, rappelons-le, il peut s'agir d'une inscription sur le bulletin numéro 2 du casier judiciaire dont la communication est demandée par de nombreuses personnes ou organismes publics ou privés, notamment dans le cadre des recherches d'emploi, a des répercussions sociales importantes indéniables. La CNIL ne s'est pas prononcée publiquement sur le sujet, et rappelons que le Conseil Constitutionnel avait jugé ces dispositions conformes à la Constitution³¹⁸⁴.

Un certain nombre de praticiens mettent enfin en alerte sur un dernier fichage, plus inquiétant car plus insidieux, traitant de toutes les personnes suivies par un service de psychiatrie : le RIMpsy³¹⁸⁵ qui fait suite au Programme de Médicalisation des Systèmes d'Information (PMSI)³¹⁸⁶. Il s'agit de remplir des fiches nominalisées par patient, rassemblant nombre de données

³¹⁸⁰ Article 19 du projet de loi n° 433 « relatif à la prévention et la délinquance » du 28 juin 2006

³¹⁸¹ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », transposant la directive n°95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

³¹⁸² Avis de la CNIL du 26 juillet 2006 « sur le projet de loi relatif à la prévention de la délinquance », site de la CNIL, <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/lavis-de-la-cnil-sur-le-projet-de-loi-relatif-a-la-prevention-de-la-delinquance-a-t-il-ete-sui/>, [en ligne], consulté le 12/12/2009

³¹⁸³ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance »

³¹⁸⁴ Décision du Conseil Constitutionnel n°2008-562 DC du 21/2/2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », cons. 31.

³¹⁸⁵ Arrêté du 29 juin 2006 « relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité en psychiatrie »

³¹⁸⁶ Décret n° 94-666 du 27 juillet 1994 relatif aux systèmes d'informations médicales et à l'analyse de l'activité des établissements de santé publics et article R. 6113-1 CSP

personnelles et particulièrement sensibles à commencer par les diagnostics psychiatriques, ainsi que les modalités de prises en charge (HL, HSC) etc. Ces fiches sont transmises au Département d'information Médicale (DIM) de l'établissement et ne sont anonymisées qu'à la sortie de ce service, lors de leur transmission au niveau national. Ce système de recensement de données médicales a pour seul objectif l'établissement de taux d'activité en psychiatrie, dans une visée purement économique de mise en place d'une adaptation de la tarification à l'activité (T2A) en psychiatrie. Il apparaît plus inquiétant car, généralisé donc apparaissant éventuellement comme moins stigmatisant qu'un fichier spécifique consacré à certains malades, il paraît également peu dangereux pour les libertés dans la mesure où les données sont anonymisées dès sortie des informations de l'établissement de santé. Or plusieurs points peuvent malgré tout interroger : refus à été opposé aux praticiens contestant ce fichage d'anonymiser les données à la source, c'est-à-dire par le soignant lui-même³¹⁸⁷. Or, comme ils le font remarquer, même si les informations nominalisées demeurent dans l'enceinte de l'établissement, elles passent sous les yeux de nombre de personnels, ce qui altère singulièrement l'intérêt et la valeur du secret médical. Mais surtout, les conditions de fonctionnement de ce fichier semblent assez mal définies (accès aux données, durée de conservation etc.), le droit d'opposition inexistant pour le patient puisque c'est une obligation pour le praticien de remplir une fiche par patient pour alimenter ce fichier³¹⁸⁸, l'information aux usagers très lacunaire. Enfin, voilà un nouveau fichier, pour le moment cantonné à des études statistiques, mais dont on ne connaît pas les évolutions à l'avenir, les utilisations qui pourront être autorisées sur une base d'informations constituée et riche en données nominalisées. Il s'agit moins, dans ce questionnement sur ce nouveau fichier, de refuser tout fichage que de rester vigilant et de conserver une position réductionniste à l'endroit de ces créations, ainsi qu'à l'intérieur de chaque fichier, eu égard aux protections proposées pour les droits et libertés en exigeant une maximalisation de ces dernières. Les principes de nécessité et de proportionnalité à l'égard de telles créations doivent rester les principes-phares dans le cadre de ces rassemblements de données sensibles. En l'espèce, on peut douter de la proportionnalité de l'atteinte par rapport aux objectifs. Le CCNE, saisi sur ce fichier par l'association de praticiens contestataires³¹⁸⁹, lie son appréciation sur ce fichier à celle réticente qu'il a émise concernant le DMP^{3190 3191}.

Concernant les détenus, au-delà du vieux et traditionnel casier judiciaire national, deux fichiers nationaux concernent particulièrement les condamnés : le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG), créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 et le Fichier Judiciaire national automatisé des Auteurs d'Infractions Sexuelles et violentes (FIJAIS) introduit par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004³¹⁹². Cependant, au-delà de ces premières banques de données, rappelons qu'il faut tenir compte de tous les fichiers purement policiers -le FNAEG semblant à la jonction entre la nature judiciaire et celle policière- recensant des données personnelles dans des finalités d'enquêtes et de prévention de la délinquance donc avant toute condamnation. Le Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC) de la Police³¹⁹³, créé officiellement³¹⁹⁴ par le décret n°

³¹⁸⁷ L'argument du «risque de « doublon » » entre les informations, contre laquelle la nominalisation doit prémunir, tient en effet mal dans la mesure où l'argument pourrait également valoir dans le cadre national, alors même que l'anonymisation est cette fois retenue dès sortie des informations de l'établissement de santé.

³¹⁸⁸ Arrêté du 29 juin 2006 « relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité en psychiatrie »

³¹⁸⁹ Lettre de Madame Claire GEKIERE, au nom de l'association DELIS SMRA, au CCNE, en date du 25 février 2008, [en ligne], <http://www.delis.sgdg.org/>, consulté le 25/7/2010

³¹⁹⁰ Lettre de réponse du CCNE à Madame Claire GEKIERE, présidente de DELIS SMRA, en date du 16 décembre 2008, [en ligne], <http://www.delis.sgdg.org/>, consulté le 25/7/2010

³¹⁹¹ Nous avons sciemment choisi de ne pas traiter des bases de données et fichiers médicaux généralistes, tels que le DMP ou tous les fichiers professionnels, le sujet nous apparaissant un thème complexe, devant faire l'objet d'une étude à part qui nous écarterait ici de notre centre d'intérêt précis. Le premier est en effet pris dans une problématique spécifique, écartelé entre application du principe d'autonomie du patient et reconnaissance de sa maîtrise de ses données personnelles d'une part et intérêt professionnel d'autre part. Le souci en terme de sécurité des sites d'hébergement, de piratage des informations a également été soulevé. (cf. notamment Avis du CCNE n° 104 du 29 mai 2008, *Le « dossier médical personnel » et l'informatisation des données de santé*, [en ligne], site du CCNE, 16 p., ainsi que la littérature fournie sur le sujet.)

³¹⁹² Article 706-53-1 CPP et s.

³¹⁹³ Créé par le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001

2001-583 du 5 juillet 2001³¹⁹⁵, et son homologue pour la gendarmerie JUDEX (système judiciaire de documentation et d'exploitation), créé officiellement par le décret n° 2006-1411 du 20 novembre 2006³¹⁹⁶, sont des mentions obligées à ce sujet, de même que viennent se rajouter les fichiers établis au plan européen avec le Système d'Information Schengen (SIS) ou le Système d'Information Europol (SIE) pour ne citer qu'eux³¹⁹⁷. Fichant en amont de la condamnation, STIC et JUDEX (en cours d'unification depuis 2008 en une base de données unique ARIANE³¹⁹⁸) concernent les prévenus mais recensent également *de facto* les personnes condamnées par la suite. S'y rajoute le fichier d'identification FAED, créé par un décret du 8 avril 1987 et visant notamment, à titre de banque de données, à recenser les empreintes digitales et palmaires à la fois de personnes suspectées d'avoir participé à un crime ou un délit ou « [...] *mises en cause dans une procédure pénale [et] dont l'identification certaine s'avère nécessaire* »³¹⁹⁹ et de personnes incarcérées dans un établissement pénitentiaire « [...] *en vue de s'assurer de manière certaine de l'identité des détenus qui font l'objet d'une procédure pour crime ou délit et d'établir les cas de récidive* »³²⁰⁰.

En réalité, on assiste à un emballement de la création de fichiers toujours plus puissants, à une expansion des données recueillies, les lois successives de lutte contre la délinquance élargissant les infractions rendant passibles d'inscription sur ces fichiers, à une ouverture des personnes pouvant les consulter et des raisons de les consulter³²⁰¹, à une extension des durées d'inscription, qui se comptent en dizaines d'années. Le droit européen est respecté dans les textes, le FIJAIS a d'ailleurs reçu un brevet de conventionnalité par la Cour européenne en 2009³²⁰² : les droits de consultation - indirecte étant donnée la nature du fichier - et de rectification des données, issus de la loi de 1978 modifiée, sont applicables à ces fichiers. Cependant, certes, une procédure d'effacement peut être engagée, pour le STIC et le JUDEX, en cas d'acquittement ou de relaxe, mais elle n'a rien d'automatique³²⁰³ ni d'aisé³²⁰⁴, une demande devant être déposée auprès du Procureur de la

³¹⁹⁴ Il semblerait en effet que chacun des deux fichiers, STIC et JUDEX, ait eu une existence « clandestine » bien antérieure à leur création officielle (cf. V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJP*, 2007, pp. 420-421. et AGORA VOX, « Fichiers policiers version 2008 : STIC et JUDEX donnent naissance à ARIANE et snobent la CNIL », [en ligne] <http://www.agoravox.fr/actualites/societe/article/fichiers-policiers-version-2008-34053>, consulté le 9 mai 2010)

³¹⁹⁵ Décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 « pris pour l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 31 de la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création du système de traitement des infractions constatées », aujourd'hui modifié par le décret n° 2006-1258 du 14 octobre 2006

³¹⁹⁶ Décret n°2006-1411 du 20 novembre 2006 « portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé " JUDEX " »

³¹⁹⁷ Nous nous contenterons, ici, d'évoquer les fichiers nationaux.

³¹⁹⁸ Application de Rapprochement, d'Identification et d'Analyse pour les Enquêteurs

³¹⁹⁹ Article 3 du décret n°87-249 du 8 avril 1987 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur », modifié par le décret n°2005-585 du 27 mai 2005

³²⁰⁰ Article 3 du décret n°87-249 du 8 avril 1987 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur »

³²⁰¹ Ainsi, depuis les lois n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 et n° 2003-239 du 18 mars 2003, le STIC et le JUDEX peuvent être consultés dans le cadre d'enquêtes administratives préalables au recrutement dans des corps de métiers, notamment de la fonction publique, ou à l'agrément pour certaines professions. Ces fichiers sont ainsi détournés de leur fonction première et cette utilisation dévoyée peut remettre en cause une réinsertion dans la société.(Cf. à ce sujet *supra*). La CNIL ne critique pas cette nouvelle finalité donnée au STIC en plus de celle originelle mais exige davantage de sécurisation et de rigueur dans la gestion des informations qui y sont contenues. (cf. *Conclusions du contrôle du STIC. Rapport remis au premier ministre le 20 janvier 2009*, [en ligne], disponible sur le site de la CNIL, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Controles_Sanctions/Conclusions%20des%20controles%20STIC%20CNIL%202009.pdf, consulté le 9 mai 2010)

³²⁰² Cf. les trois arrêts rendus le 17/12/2009, « GARDEL c/ France », req. n°16428/05, § 57 à 71, « BOUCHACOURT c/ France », req. n°5335/06, § 56 à 70 et « M. B. c/ France », req. n°22115/06, § 49 à 62

³²⁰³ Contrairement à ce qui est exigé par l'article 3 du décret de 2001 dans un certain nombre de cas, notamment de relaxe ou d'acquittement, ce que déplore la CNIL dans ses *Conclusions du contrôle du STIC. Rapport remis au premier ministre le 20 janvier 2009*, dans lequel les auteurs démontrent la gravité de cette négligence pour les droits individuels des personnes concernées (cf. *op. cit.*, pp. 18-28)

³²⁰⁴ En premier lieu, encore faut-il que la personne sache qu'elle est fichée. Ainsi que le souligne Virginie BIANCHI, fort peu de fichiers, hormis le FIJAIS, prévoient la notification de leur fichage aux personnes concernées et les conséquences qui en découlent (cf. V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *op. cit.*, 2007, p. 422)

République ou de la CNIL, sans compter que le procureur peut s'opposer discrétionnairement à cet effacement et que les décisions de classement sans suite dues à une absence de charge de même que les décisions de non-lieu entraînent une mention en ce sens et non une suppression de la personne du fichier. En ce qui concerne le FAED, davantage confidentiel en terme de personnes pouvant le consulter³²⁰⁵, la même demande peut être faite dès lors que l'inscription n'apparaît plus nécessaire eu égard à la finalité de l'enregistrement de la donnée devant le même magistrat³²⁰⁶, un droit de recours étant ouvert, en cas de refus de ce dernier, devant le JLD, et l'ordonnance éventuelle d'effacement pouvant elle-même être contestée par le Procureur devant la chambre de l'instruction³²⁰⁷. Concernant le FNAEG et le FIJAIS, des demandes peuvent également être déposées auprès du même magistrat, mais rien ne le contraint à accéder à la requête. Des mécanismes de contrôle de la décision puis d'appel sont alors organisés devant le juge des libertés et de la détention puis devant le président de la chambre d'accusation.³²⁰⁸

La protection de la vie privée s'avère ainsi fortement malmenée dans les institutions d'enfermement que sont l'institution psychiatrique et celle pénitentiaire, allant à l'encontre de la nécessité de visibilité de l'individu, de transparence de ses faits et gestes, institutionnellement efficaces mais aussi lourdes en souvenirs totalitaires dans ses excès. Si la nécessité de certaines intrusions dérogatoires est indéniable pour permettre effectivement une surveillance nécessaire et des réactions rapides, des instructions consubstantielles donc au fonctionnement institutionnel et à ces deux populations, elles doivent être très finement adaptées, parcimonieusement admises, ce qui est loin d'être le cas. La mise en oeuvre du droit à la protection de la santé est plus différenciée dans les deux institutions ; néanmoins, des zones d'ombre traversent encore dans les deux cas, là aussi, l'application du droit des malades.

◇ f) *Le droit à la protection de la santé et ses corollaires*

Un nouveau *corpus* de droits, pour la plupart réagréés en un ensemble cohérent plutôt que nouvellement créés, vient compléter ces premiers droits fondamentaux. Dans le cadre du droit à la protection de la santé, droit fondamental projectif, selon la loi de 2002³²⁰⁹, qui sonne en réalité davantage comme un principe directeur des politiques de santé, l'égal accès aux soins pour toute personne³²¹⁰ – quelles que soient ses caractéristiques physiques, son sexe, son âge, son mal, sa catégorie sociale et sa situation sur le territoire français –, le droit à la qualité des soins³²¹¹ et le droit à leur continuité, sont affirmés en faveur de toute personne ayant à user du système de santé³²¹². C'est dès lors le droit à un système de remboursement des frais de santé effectif dont doit également jouir cet usager. Ce droit à la protection de la santé trouve son fondement, en droit interne, dans l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946³²¹³.

³²⁰⁵ Selon l'article 8 du décret du 8 avril 1987 modifié, seuls « [l]es fonctionnaires dûment habilités des services d'identité judiciaire du ministère de l'intérieur et des unités de recherches de la gendarmerie nationale [...] » peuvent avoir accès aux informations enregistrées.

³²⁰⁶ Article 7-1 du décret n°87-249 du 8 avril 1987 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur ». Et alors même que là aussi, mission est posée à ce magistrat d'ordonner l'effacement de ces informations lorsqu'elles ne se justifient plus par la finalité donnée à l'enregistrement (alinéa 2 de l'article 7 du décret n°87-249 du 8 avril 1987 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur »)

³²⁰⁷ Article 7-1 du décret n°87-249 du 8 avril 1987 préc., modifié par le décret n°2005-585 du 27 mai 2005

³²⁰⁸ Pour davantage de précisions au sujet de ces fichages, cf. *infra* pp. 551 et s. et pp. 629 et s.. Cf également V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *op. cit.*, 2007, pp. 57 et s. et P.-Y. MAROT, « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *op. cit.*, 2007, pp. 61-64

³²⁰⁹ Article 1110-1 CSP

³²¹⁰ Notamment 7° de l'article L. 1411-1 CSP, mais aussi l'adoption de la Couverture Maladie Universelle par la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999

³²¹¹ Article 1110-5 CSP

³²¹² L'énumération proposée ici est sélective par rapport à l'ensemble des droits ouverts par ce principe et mentionnés dans la Code de la santé publique.

³²¹³ Deux des principaux textes internationaux de référence que sont la DUDH et le PIDCP protègent, de manière beaucoup plus utopique, le droit à la santé (de manière indirecte pour la DUDH dans son article 25-1, de façon beaucoup plus directe pour le PIDCP dans son article 12-1) et non le droit à la protection de la santé. Cf. à ce sujet,

Aucune discrimination ne frappe le patient hospitalisé sous contrainte en psychiatrie sur tous ces plans par rapport à toute autre personne. Il trouve également une résonance dans les obligations positives faites aux Etats et dégagées par la Cour européenne des articles 2 et 3 de la CEDH de même qu'il est désormais inscrit à l'article 35 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE. Concernant le premier de ces articles, la Cour en a dégagé³²¹⁴, en effet, une obligation pour les autorités étatiques de protéger la vie des personnes « [...] *relevant de leur juridiction* [...] », et tout particulièrement des personnes placées sous leur responsabilité en tant que privées de liberté et sous leur domination, d'où une obligation « *d'administrer les soins médicaux requis* » par l'état de santé de la personne. Une issue fatale est attendue de l'absence de soin dans le cadre de cette première protection. La situation est potentiellement moins tragique concernant la protection issue de l'article 3, plus répandue et plus ancienne. La Cour européenne en tire même, au-delà d'une simple protection de la santé, celle du « *bien-être* » des détenus³²¹⁵. La protection ne concerne donc plus seulement les détenus malades, à propos desquels la France a été plusieurs fois condamnée³²¹⁶, ou blessés mais rejoint l'exigence de conditions de détention salubres et convenables, y compris sur le plan de la nourriture³²¹⁷.

L'accès aux soins (1) et l'application effective des droits des malades reconnus par la loi du 4 mars 2002 à toute personne ayant affaire avec le corps soignant (2) sont deux domaines symptomatiques de la manière dont est abordée la question de la santé mais aussi le respect de la personne dans ce cadre par les institutions psychiatrique et pénitentiaire.

■ 1. Le droit à l'accès aux soins

L'accès aux soins des personnes hospitalisées sous contrainte pose peu de problème étant donné leur entrée d'office dans les services de santé adéquats³²¹⁸.

notamment, L. CASAUX-LABRUNEE, « Le droit à la santé », dans CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (Th.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., 2008 pp. 760-788 ou J. MOREAU, « Le droit à la santé », *AJDA*, 1998, pp. 185 et s.

³²¹⁴ Implicitement jusqu'en 2006, notamment dans un arrêt du 27/7/2004, « *SLIMANI c/ France* », req. n°57671/00, puis explicitement depuis un arrêt du 7/2/2006, « *SCAVUZZO-HAGER et autres c/ Suisse* », req. n°41773/98

³²¹⁵ Cf. arrêt Cour EDH, 26/10/2000, « *KUDLA c/ Pologne* », préc., § 94

³²¹⁶ Cf. par exemple arrêts Cour EDH, 27/11/2003, « *HENAF c/ France* », req. n° 65436/01, Cour EDH, 14/11/2002, « *MOUISEL c/ France* », préc., ou, sur un plan psychiatrique, « *RIVIERE c/ France* ». Dans ce dernier arrêt, la Cour a estimé que nonobstant le suivi psychiatrique, par des rendez-vous hebdomadaires avec une infirmière et mensuels avec un psychiatre, un traitement chimiothérapique, des prises en charge hospitalière dès que nécessaire etc, autant d'« [...] *efforts d'adaptation* [...] » de la part de l'administration pénitentiaire que la Cour reconnaît et ne sous-estime pas, toutes ces mesures ne constituaient pas un « [...] *encadrement médical* [...] approprié [...] » à l'état de santé de l'intéressé, « [...] *dont il [était] avéré qu'il souffrait de graves problèmes mentaux et présentait des risques suicidaires* [...] » ce qui appelait « [...] *des mesures particulièrement adaptées* [...] ». Le maintien en détention dans ces conditions est jugé le soumettre à une « [...] *détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention* » et constitue dès lors un traitement inhumain et dégradant. (Cour EDH, 11/7/2006 « *RIVIERE c/ France* », req. n° 33834/03, § 75 à 77) En regard de cette situation, l'Etat français ne pouvait qu'être condamné dans l'arrêt « *RENOLDE c/ France* » du 16/10/2008 (préc.) , s'agissant d'un détenu psychotique de manière reconnue, ayant fait une tentative de suicide, traité à ces différents titres par le SMPR, et qui a pourtant été placé en cellule disciplinaire pour une durée de 45 jours pour violences sur une surveillante, sans attention particulière portée à son état de santé. Or non seulement une sanction de ce type est connue pour être particulièrement dure à vivre, -et ici, Monsieur RENOLDE a donné tous les signes, durant cette période, d'une angoisse et d'une détresse particulièrement sensibles (§ 126, 127 renvoyant au § 21 et 129) mais on peut s'interroger sur la causalité de l'acte de violence : n'est-ce pas, au final, un acte trouvant directement sa source dans la maladie du détenu, atteint d'hallucinations pour lequel il a été puni ? La Cour n'approfondit pas ce point mais condamne simplement l'incompatibilité entre la punition et « [...] *le niveau de traitement exigé à l'égard d'un malade mental* [...] » (§ 129). Sans compter que ses traitements chimiothérapiques lui étaient remis pour plusieurs jours, sans plus de contrôle de l'ingestion effective des substances ; or il s'est avéré que Joselito RENOLDE n'avait effectivement pas pris ses traitements depuis deux à jours au moment de son suicide et que cette mauvaise observance a pu favoriser ce passage à l'acte (§ 100 à 102)

³²¹⁷ Conditions de détention qui doivent tenir compte de l'âge (arrêt Cour EDH, 7/6/2001, « *PAPON c/ France* », req. n°64666/01, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VI, pp. 456-457), comme du handicap (arrêt Cour EDH, 24/10/2006, « *VINCENT c/ France* », req. n° 6253/03, § 8 à 103)

³²¹⁸ Il faut par contre souligner la difficulté, dans certaines régions, à accéder aux soins en-dehors de ces procédures, qui amènent précisément un gonflement des recours à ce mode d'accès contraignant pour les services de psychiatrie autant que pour les patients puisque les premiers sont tenus d'accueillir ces personnes en HSC, et notamment en HDT. En effet, cette utilisation dévoyée de la contrainte à l'encontre de la structure d'accueil permet d'éviter un abandon de malades mêmes consentants qui ont un réel besoin de soins et qui arrivent en surnombre face à des

Il est moins naturel pour les détenus et a exigé une organisation spécifique, afin d'ajuster une possibilité d'accès identique, pour une qualité de soins comparable, à l'offre proposée dans la société³²¹⁹. On l'a vu, la loi du 18 janvier 1994³²²⁰ est venue remplacer l'ancienne « médecine pénitentiaire », prise en charge par des associations et des médecins vacataires sous la tutelle de l'administration pénitentiaire, par la reprise en main du volet sanitaire par le ministère de la santé et son personnel soignant. Les individus officiant ont pu rester les mêmes mais l'esprit et les moyens ont significativement changé, l'indépendance financière et celle du personnel se doublant de l'affiliation automatique du détenu à la Sécurité sociale à son entrée en prison³²²¹. Ce sont ainsi des professionnels qui gèrent désormais la chaîne du soin de bout en bout, distribution des médicaments comprise : une infirmière est présente à temps complet en détention et une politique de (re)mise en contact du public carcéral, souvent défavorisé et peu éduqué sur le plan sanitaire, avec la médecine et la prise en charge de sa santé est opérante. En réalité, pour un certain nombre, l'entrée en détention s'avère une occasion de se faire soigner³²²², ne serait-ce que parce qu'elle amène à dépister un certain nombre de maux³²²³ et que tous les soins, même les plus spécialisés, peuvent y être délivrés : même si l'accès se fait *via* la prison, c'est bien dans le réseau de soins « de droit commun » que l'UCSA fait entrer, même si les structures d'accueil peuvent être réservées aux détenus, qui ne seront malgré tout pas fondus dans la masse des malades ordinaires, sécurité oblige³²²⁴. Le secteur psychiatrique n'est pas en reste dans ce cadre pénitentiaire, précurseur de ce transfert de tutelle qu'il avait obtenu, pour sa part, dès 1986³²²⁵.

Quant à la qualité des soins, malgré ces efforts indéniables, les conditions de soins connues par les détenus par rapport à la population des malades ordinaires³²²⁶ ne reflètent pas réellement une égalité de traitement – même à situation différente, ce qui pourrait justifier des ajustements sécuritaires mais toujours dans le respect de la personne – : ainsi, pour ne citer que quelques exemples, dans les établissements pénitentiaires construits avant la réforme de 1994, l'administration a dû trouver des locaux à consacrer à l'UCSA alors qu'elle même était souvent en

services de psychiatrie qui peinent à répondre à toute la demande exponentielle (J. CANNEVA, « Un retard à l'accompagnement », *Pluriels, la lettre de la mission nationale d'appui en santé mentale*, février 2003, n°35 cité par A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI (IGAS-IGSJ), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990*, *op. cit.*, mai 2005, p. 20) . Et en alternative négative, des patients sont régulièrement refusés dans les services par manque de place, alors même que leur besoin de soin est authentique et urgent. Nous ne rappellerons pas ici, en guise d'exemples paroxystiques, le cas de Romain DUPUY qui a commis son crime alors que sa mère avait imploré l'hôpital de le prendre en charge dans les jours précédant le double meurtre.

³²¹⁹ Voir pour une discussion sur ce sujet et une relativisation de cette idée dans le sens d'un retournement de situation entre l'accès aux soins de la population pénale et celle de la société extérieure selon le groupe de population extérieure adopté en étalon de comparaison, C. MANDY, « Un défi pour le principe de non-discrimination, l'accès aux soins en prison », dans R. ALLEMAND et L. SOLIS-POTVIN (sous dir.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*. (Actes de colloque), Paris, L'Harmattan, 2008, spécialement pp. 33-59

³²²⁰ Loi n°94-43 du 18 janvier 1994 « relative à la santé publique et à la protection sociale »

³²²¹ Article D. 366 CPP

³²²² Cf. à ce sujet C. MANDY, « Un défi pour le principe de non-discrimination, l'accès aux soins en prison », *op. cit.*, 2008, spécialement pp. 53-56

³²²³ Un bilan de santé est établi à l'entrée en détention, pour chaque détenu, par le biais d'un examen médical obligatoire (alinéa 2 de l'article D. 285 CPP) et du dépistage de plusieurs maladies, notamment la tuberculose et la syphilis de manière obligatoire, VIH et hépatite C sur choix du détenu (mais ils y sont fortement incités par le personnel soignant) (articles D. 384 et s. CPP). Un examen bucco-dentaire et une rencontre avec un psychiatre ou un infirmier psychiatrique doit parfaire ce bilan général.

³²²⁴ Ainsi, lors des extractions et dans l'attente de la consultation en salle d'attente par exemple, les détenus sont souvent entravés et surveillés de manière rapprochée et si une opération courte doit avoir lieu (moins de 48 heures), ils sont placés seuls dans une chambre gardée par du personnel policier ou de la gendarmerie

³²²⁵ Décret n°86-602 du 14 mars 1986 « relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique ».

³²²⁶ Sur ce sujet, cf. pour une étude plus approfondie C. MANDY, « Un défi pour le principe de non-discrimination, l'accès aux soins en prison », *op. cit.*, 2008, spécialement pp. 45-53 mais aussi O. CLIGMAN, L. GRATIOT et J-C. HANOTEAU, en particulier pp. 112-121, V. VASSEUR, *Médecin-chef à la prison de la Santé*, Paris, Le Cherche midi, coll. « Le livre de poche », 2000, 216 p., J.-J. HYEST, G.-P. CABANEL, *Prisons : une humiliation pour la République.*, Sénat, n°449, *op. cit.*, 2000, pp. 96-100 ; L. MERMAZ, J. FLOCH, *La France face à ses prisons.*, Assemblée nationale, n°2521, *op. cit.*, 2000, pp. 209-223 ; CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *Rapport annuel d'activité 2008*, *op. cit.*, pp. 26-29

situation de surpopulation carcérale. Ces unités se restreignent donc souvent à quelques cellules remodelées en cabinets de soins et de consultation. Cette exigüité des lieux s'ajoute à une usure rapide des équipements, particulièrement sollicités et à un manque de moyens, même s'ils s'avèrent plus importants que par le passé. Les médecins exerçant à l'UCSA avouent être influencés dans leur pratique de soins et de prescription par les contraintes du milieu carcéral : ils se limitent dans les demandes d'examens complémentaires spécialisés imposant des extractions difficiles à obtenir, font des « tris » pour prioriser ces demandes en fonction de l'état des patients. La pratique des extractions elle-même laisse à désirer quant au respect de la dignité et des droits du patient, voire s'avère tout à fait révoltante dans les pratiques de transfert, dans les conditions de consultation et même de dispense des actes médicaux durant lesquels le détenu peut rester entravé et menotté³²²⁷. Il est certain cependant que la situation s'est améliorée avec l'ouverture des UHSA mais elles ne concernent que les hospitalisations de « longue durée », -soit de plus de quarante-huit heures-, programmées, et des situations critiquables et inacceptables se maintiennent à l'égard de patients, tout prisonniers qu'ils soient³²²⁸. L'indigence des moyens par rapport à la situation est encore plus criante en psychiatrie, où les troubles mentaux sont exponentiels³²²⁹, sans compter que cette fois, les UHSA sont encore en nombre très réduit, une seule ayant ouvert ses portes à ce jour, à Lyon³²³⁰. Dès lors, toute hospitalisation – hormis pour les établissements pénitentiaires situés dans la zone géographique couverte par l'unité lyonnaise – doit se faire dans un service de psychiatrie classique dès lors, notamment, que le patient n'est pas consentant aux soins³²³¹. Service de psychiatrie commun où, dans la réalité, le patient sera discriminé, bien souvent, par rapport aux autres patients du fait de son statut de détenu et sera maintenu en chambre d'isolement tout le temps de son séjour pour des raisons de sécurité. La contradiction s'annonce ainsi d'ores et déjà avec la théorie qui veut que ce patient incarcéré, accédant au réseau de soin de droit commun, se retrouve usager à part entière du système, donc doté des mêmes droits que tout patient.

■ 2. Les droits du malade appliqués aux personnes hospitalisées sous contrainte et aux détenus, de l'altération dans l'application à la perte de sens de la règle

Plusieurs de ces « droits des malades » s'inscrivent en tant que déclinaison spécialisée de ces droits fondamentaux généraux. Ainsi, le secret médical est-il passé, avec la loi du 4 mars 2002, de devoir déontologique désincarné, principe *quasi* absolu et intangible pour la profession³²³², à un

³²²⁷ Cf. *infra* à propos du secret médical notamment, mais également à propos du port d'entraves et du menottage, les mesures de précautions étant devenues disproportionnées par rapport au risque d'évasion (cf. C. MANDY, « Un défi pour le principe de non-discrimination, l'accès aux soins en prison », *op. cit.*, spécialement p. 49, mais aussi Th. HAMMARBERG, *Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, *op. cit.* 2008, p. 11, § 45 ; A. GIL-ROBLES, *Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France*, *op. cit.*, pp. 40-41, § 147-148 ; CCNE, *La santé et la médecine en prison*. Avis n° 94, [en ligne], 2006, p. 27 ; COMITE EUROPEEN DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport relatif à la visite effectuée en France par le Comité du 27 septembre au 9 octobre 2006*, 2007, pp. 83-85, § 204 à 211

³²²⁸ On en veut pour preuve la lettre reçue par le Contrôleur général des lieux privatifs de liberté, dénonçant les conditions de soins d'une femme détenue ayant eu à subir une intervention urologique dans le cadre d'une extraction dans un établissement hospitalier classique (cf. CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *Rapport annuel d'activité 2008*, *op. cit.*, pp. 86-88). Le Conseil d'Etat a considéré, pour sa part, que « [...] la présence d'un agent des services pénitentiaires dans la salle d'examen ne suffisant pas, dès lors que la confidentialité des soins est respectée, à provoquer une [un traitement inhumain ou dégradant] [...] à l'encontre de la dignité du détenu [...] » tant que cette mesure était justifiée par des raisons de sécurité dans les conditions de l'espèce. (CE, 24/7/2009, « Monsieur Pierre A. », req. n° 324555, [en ligne], Légifrance)

³²²⁹ Cf. notamment à ce sujet, parmi les données les plus récentes, le rapport de la Cour des comptes de juillet 2010, COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*, *op. cit.*, 2010, pp.62-64 et E. BLANC, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement présenté par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la prise en charge sanitaire, psychologique et psychiatrique des personnes placées sous main de justice* et présenté par M. Etienne BLANC, Député, en conclusion des travaux d'une commission d'information présidée par M. Jean-Luc WARSMANN, Député. [en ligne], Assemblée nationale, n°1811 (session 2008-2009), 8 juillet 2009, pp. 20-23. Référence est faite à l'enquête menée par Frédéric ROUILLON et Bruno FALISSARD (F. ROUILLON, A. DUBURCQ, F. FAGNANI, B. FALISSARD, *Etude épidémiologique sur la santé mentale des personnes détenues en prison*, Inserm, 2004), évaluant à 35 % la proportion de personnes détenues « [...] considérées comme manifestement, gravement ou très gravement malades [...] », (p. 22)

³²³⁰ Située dans l'enceinte de l'hôpital psychiatrique lyonnais du Vinatier, elle a été inaugurée le 21 mai 2010

³²³¹ Dans les cas où le patient est consentant, l'hospitalisation doit normalement se faire au SMPR de rattachement de l'établissement, généralement lui-même engorgé par les demandes.

³²³² C'est encore le sens qu'il porte à l'article 4 du Code de déontologie médicale (article R. 4127-4 CSP)

droit appartenant au patient³²³³. Véritable conjugaison de la protection de la vie privée avec le cadre de la relation médicale et avec le système de santé, il ramène à la protection particulièrement attentive portée aux informations reconnues comme « *sensibles* » que sont les données sur la santé. Le secret médical couvre « [...] *l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, par ses activités, avec ces établissements ou organismes.* »³²³⁴. Il concerne donc les actes médicaux de tout type mais également les informations sur son état de santé, physique comme mental et génétique, et s'impose à une large palette de personnes, professionnels comme bénévoles ou intervenants exceptionnels qui auraient à connaître de ces informations sur la personne rencontrée.

On peut émettre, cependant, certaines réserves quant à ce qu'Assia BOUMAZA appelle une « *relativisation du secret* »³²³⁵, dans le cadre du « secret partagé », valable notamment en psychiatrie : cette critique concernerait moins, à notre sens, la possibilité reconnue du partage d'information par plusieurs professionnels dès lors que ces échanges d'information ont lieu dans l'intérêt du patient et surtout que la personne concernée dûment informée de cet échange, peut s'y opposer³²³⁶, que la présomption de consentement du patient au partage des informations au sein de toute une équipe de soins hospitalière. Il va sans dire que cette disposition paraît viscérale pour le fonctionnement correct des services, voire pour une prise en charge de qualité du patient. L'énoncé sonne malgré tout comme un brin déloyal, parlant « [...] *d'informations confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe* » alors même que rien n'oblige à ce qu'il soit prévenu de cet état de fait lorsqu'il va confier, précisément, des informations parfois très intimes à un soignant dans lequel il a -toujours- confiance, avec lequel il se sent en sécurité ou simplement en empathie. Le patient perd ainsi la maîtrise des informations qu'il divulgue. Puis, prenant conscience, parfois à ses dépens, de l'existence de cette présomption et de son application, il pourra retenir un certain nombre d'informations, d'impressions ou de ressentis, pourtant constructifs dans le cadre d'une thérapie en psychiatrie, par crainte de sa divulgation à l'échelle de l'équipe. Sans doute est-ce là moins un problème d'aberration du principe qu'une question d'information du patient et de juste appréciation des données à divulguer ou non par les personnes dépositaires d'informations auprès de leurs collègues, mais aussi de prise en compte des désirs, d'écoute du patient sur ce sujet.

En outre, alors que le patient hospitalisé en psychiatrie est titulaire, au même titre qu'un autre malade de ce droit au secret, un certain nombre de dérogations se font à son détriment, pour certaines précisément provoquées par sa qualité de personne hospitalisée sans consentement en psychiatrie : non seulement un certain nombre d'autorités officielles, -procureur de la République, préfet notamment-, sont informées de l'hospitalisation dès confirmation médicale de l'admission, mais Assia BOUMAZA liste une série de circonstances, à caractère social généralement³²³⁷, nécessitant de faire connaître l'état de santé mentale de ces personnes à divers organismes, depuis la DDASS jusqu'à la mairie en passant par la COTOREP³²³⁸.

Dans la même veine, le concept de démocratie sanitaire a amené à modifier le regard porté sur le patient et sur la place qui lui est donnée au sein du système de santé. Responsabilisé par rapport à sa santé, s'impose en sa faveur la reconnaissance d'un droit à la transparence quant aux informations concernant sa santé. En conséquence, s'ouvre désormais à lui, innovation de la loi du 4 mars 2002, un droit d'accès direct à son dossier médical³²³⁹. Ce dossier comprend absolument tous les documents en lien avec la santé du patient et les actes médicaux, paramédicaux ou chirurgicaux qu'il a pu subir, les consultations, hospitalisations etc. Ceci dit, la question de la communicabilité

³²³³ Article 1110-4 CSP

³²³⁴ Alinéa 2 de l'article 1110-4 CSP

³²³⁵ A BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, op. cit., 2002, vol. II, p. 116

³²³⁶ Alinéa 3 de l'article 1110-4 CSP

³²³⁷ Demande de tutelle, qui impose de s'assurer de la gravité des troubles, obtention d'aides financières ou du titre de travailleur handicapé etc.

³²³⁸ Cf. A. BOUMAZA, Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme, op. cit., 2002, vol. II, p. 115-116

³²³⁹ Article 1111-7 CSP. Auparavant, le droit d'accès avait été reconnu par la loi hospitalière n°91-748 du 31 juillet 1991 et était inscrit à l'article 45 du CDM, mais il restait indirect.

obligatoire ou non de quelques documents, notamment les notes personnelles prises par des soignants lors des consultations est ouverte. Est constatée à ce sujet une dérive, notamment dans les services de psychiatrie : la constitution d'un second dossier médical, parallèle à celui communicable, mais renfermant des informations « [...] *sensibles et destinées aux seuls professionnels de santé* »³²⁴⁰. Ce détournement vide ainsi, de manière légale faute de précision suffisante dans la loi, le dossier communicable d'une part non négligeable de son contenu, et vide vraisemblablement le droit à consultation de son intérêt.

Si tout patient est titulaire de ce droit d'accès, les modalités de cette consultation peuvent être aménagées si recommandation en est faite par le médecin auteur ou dépositaire des informations demandées : or, la possibilité de situation la plus contraignante, dans ce cadre, est réservée aux personnes hospitalisées sans consentement. Elles figurent comme la seule catégorie de personnes – mineurs exceptés – qui peuvent se voir interdire *de facto* l'accès aux informations qu'elles requièrent si, alors que cela aura été jugé nécessaire, elles refusent la présence d'un médecin pour la consultation de ces informations³²⁴¹.

Au-delà de la consultation de ce dossier médical, l'informatisation des données médicales personnelles, sous la forme du dossier médical personnel ramène à la question de la protection des personnes et de leurs données dans le cadre des fichiers informatiques *sus-évoquée*³²⁴².

La question du consentement et du droit au refus de soin rapportée à la psychiatrie et notamment à l'autonomie de la décision reconnue aux personnes hospitalisées sous contrainte a déjà fait l'objet de longs développements.

Quant au libre choix de son praticien et de son établissement de santé par l'usager du système de santé, il est considéré comme un des principes cardinaux du droit des malades par la doctrine³²⁴³, « [...] *le pivot réel d'un système de santé libéral* [...] » pour reprendre les termes de J. TERQUEM³²⁴⁴. Il serait lui-même une déclinaison du principe du consentement aux soins. Affirmé à l'article 6 du Code de déontologie médicale³²⁴⁵ et présent dans la législation française dès les lois hospitalières de 1970 et 1991, protégé de manière consciencieuse par le juge³²⁴⁶, érigé en tant que « [...] *principe fondamental de la législation sanitaire* [...] » par l'article 1110-8 du code de la santé publique³²⁴⁷, il connaît malgré tout quelques infléchissements motivés par la complémentarité rationalisée des équipements et spécialités entre les établissements et par une gestion économe des dépenses de santé, amenant à poser des règles incitatives dans le cadre du remboursement des

³²⁴⁰ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2e éd. (2007) 2009, p. 373

³²⁴¹ En effet, selon l'alinéa 4 de l'article 1111-7 CSP, « A titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies, dans le cadre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office, peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur. » tandis que, pour les autres majeurs, même lorsque « [l]a présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations [est] recommandée par le médecin les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne concernée », « [l]e refus de cette dernière ne fait pas obstacle à la communication de ces informations. » (alinéa 3 de l'article 1111-7 CSP). Cf. l'intéressante analyse de cette disposition, - des modalités pratiques de sa mise en oeuvre, de la difficile contestation de cette décision par le patient eu égard à la répartition quasi rédhibitoire de la charge de la preuve en sa défaveur, et de la différence marquée entre la limitation de l'information, décision médicale, et l'organisation de la consultation du dossier, décision administrative - dans le commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10/4/2009 « Monsieur RIVOALLAN » (req. n°289794) par Frédéric DIEU : « Hospitalisation sous contrainte et encadrement thérapeutique de l'information délivrée au malade », *RDSS*, 2009, pp. 688-695.

³²⁴² Cf. *supra*, le point sur les fichiers, pp. 630 et s.

³²⁴³ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, *op. cit.*, 2009, pp. 337 et 338

³²⁴⁴ J. TERQUEM, *Les médecins dans la société française*, Paris, Economica, 1996, p. 75, cité par A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, *op. cit.*, 2009, p. 338

³²⁴⁵ Soit l'article R. 4127-6 CSP

³²⁴⁶ Ainsi, par exemple, Cass. civ. 1ère, 7/11/2000, *JCP G*, 2001, II, 10452, note F. VIALLA sur une question de cession de clientèle libérale.

³²⁴⁷ Article issu de la loi du 4 mars 2002

assurés sociaux³²⁴⁸.

La question du libre choix pose une question propre à la psychiatrie, de conciliation avec la sectorisation psychiatrique, instaurée officiellement depuis 1985. Pourtant, si l'on en croit le second alinéa de l'article L. 3211-1 du code de la santé publique, la loi de 1990, dont il est issu, a opté pour la primauté du principe de liberté sur celui de l'organisation sanitaire : « [t]oute *personne hospitalisée* [en psychiatrie] *ou sa famille dispose du droit de s'adresser au praticien ou à l'équipe de santé mentale, publique ou privée, de son choix tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence.* ». La situation n'est pas aussi simplement libérale dans la pratique, où la sectorisation garde la primeur sur la liberté du patient au sein des administrations hospitalières. Ainsi, comme l'exprime Jean-Marie AUBY³²⁴⁹, et même parfois de manière plus directive que ne le laissent entendre ses propos, il apparaît que le libre choix imposé concerne uniquement le praticien référent au sein de l'établissement ou du service en charge d'un secteur. Par contre, si, éventuellement, l'application de cet article L. 3211-1 pour le libre choix de l'établissement peut encore se négocier dans le cadre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, ce principe disparaît totalement sur ce plan macro structurel pour les hospitalisés d'office, ce choix revenant de plein droit au préfet dans son arrêté d'hospitalisation aux termes du premier alinéa de l'article L. 3213-1 CSP, interprété strictement par la jurisprudence administrative³²⁵⁰.

En prison, le patient incarcéré devrait jouir de ces droits de manière identique à tout malade ordinaire, mais la réalité se montre beaucoup plus discriminatrice à son encontre : le secret médical est difficile à protéger dans un milieu où « tout se sait », où les règles de sécurité mal comprises amènent les surveillants dans les salles de consultation durant l'entretien voire les examens, et où une remise en cause du caractère rigoureux et absolu de ce secret commence à être formulée, y compris pour des raisons louables au bénéfice du détenu d'ailleurs, par l'administration pénitentiaire³²⁵¹. Le consentement aux soins peut subir le même sort que dans les cas d'hospitalisations forcées, pour des situations similaires.

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a tenté de renforcer l'application des principes en les proclamant elle-même dans le droit législatif pénitentiaire. Un coup d'épée dans l'eau pour le Professeur HERZOG-EVANS en ce qui concerne la préservation du secret médical³²⁵², qui fait déjà l'objet, comme elle le fait judicieusement remarquer, d'une qualification pénale³²⁵³. Secret de la consultation³²⁵⁴, exigence d'une qualité et d'une continuité des soins, -l'accès aux soins d'urgence étant un élément constitutif, de toute évidence, de cette qualité globale-, équivalentes à celles des soins délivrés à la population générale, accent mis sur la prévention dans les conditions de vie offertes aux détenus³²⁵⁵, une prise en charge adaptée pour les femmes détenues, autant de droits des

³²⁴⁸ Cf. pour la déclinaison dans le cadre psychiatrique de ces deux impératifs A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme. op. cit.*, 2002, vol. II, pp. 119-121. Il faut notamment relever la nécessité pour l'établissement d'accueil de posséder les structures adéquates pour recevoir des personnes hospitalisées sous contrainte, donc devant être enfermées et potentiellement dangereuses.

³²⁴⁹ J.-M. AUBY, « La loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », *JCP G*, 1990, I, n°3463

³²⁵⁰ Ainsi, dans un arrêt du 25 mai 1994, « *G. G c/ Préfet de la Creuse* » (req. n° 149072), le Conseil d'Etat a estimé, face à la contestation de la décision implicite de refus du préfet du transfert demandé par le patient requérant dans un autre établissement d'accueil, « [...] *qu'une personne hospitalisée d'office ne peut se prévaloir, pour obtenir son placement dans un autre établissement du département ou dans un établissement d'un autre département, des dispositions des articles L. 326-1 [aujourd'hui L. 3211-1 CSP] du CSP et L.710-1 du CSP [portant anciennement le principe de libre choix du malade de son praticien] qui ne lui sont pas applicables.* » (arrêt cité par A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme. La protection de la personne malade hospitalisée, op. cit.*, 2002, vol. II, p. 111).

³²⁵¹ L'argumentaire porte notamment sur la mise en alerte des surveillants, par ces informations, sur un détenu particulièrement suicidaire ou violent, de leur permettre d'adapter leur attitude préventive.

³²⁵² Article 45 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³²⁵³ Cf. article 226-13 du Code pénal

³²⁵⁴ Article 45 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³²⁵⁵ Article 46 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

détenus effectivement heureusement légalisés mais qui gardent, dans leur formulation imprécise et sans innovation par rapport à la situation antérieure, un caractère incantatoire. Pourtant, le problème des urgences ou de la permanence des soins, -notamment d'une présence médicale continue y compris la nuit et le week-end dans les établissements³²⁵⁶, le souci des extractions et des difficultés d'obtenir une présence de spécialistes, notamment de dentistes, pour juguler une forte demande sans un temps d'attente démesuré pour la consultation, sont autant de points sur lesquels il aurait été intéressant, un véritable progrès même, d'obtenir des prises de position ambitieuses. Ici, la seule proposition faite au Sénat de l'exigence d'une présence d'une infirmière en continu s'est vu opposer le principe d'irrecevabilité financière (article 40 de la Constitution de 1958)... La Cour des comptes elle-même a estimé dans son rapport de juillet 2010 que « [...] *le nombre d'interventions en dehors des heures de présence médicale habituelle étant limité, l'instauration d'une garde médicale spécifique ne se justifi[ait] pas* [...] »³²⁵⁷, le fonctionnement actuel pour les urgences semblant lui convenir : placé sous la responsabilité du médecin responsable de l'UCSA³²⁵⁸, il renvoie le plus souvent, dans la pratique, à la sollicitation du centre 15 par le personnel pénitentiaire voire, aux médecins libéraux de garde en lieu et place du système de garde du centre hospitalier de rattachement. C'est en matière d'attention aux personnes détenues handicapées que la loi est peut-être la plus ambitieuse, en leur reconnaissant le droit de « [...] *désigner un aidant de [leur] choix* » mais sur l'identité duquel l'administration pénitentiaire peut opposer son veto par « [...] *décision spécialement motivée.* »³²⁵⁹. L'article R. 57-8-6 CPP indique que cet « *aidant* » peut être un autre détenu et surtout que cette personne doit consentir expressément à cette mission qui lui est impartie. Un remède tente ainsi d'être trouvé à la situation problématique, et remettant en cause leur dignité, des détenus en situation de handicap³²⁶⁰. L'autre innovation réside dans le passage à l'ère électronique pour la constitution d'un dossier médical individuel et unique pour chaque patient détenu dans les deux ans suivant la promulgation de la loi³²⁶¹.

Une particularité du milieu carcéral réside cependant dans l'utilisation d'actes retournés contre soi par le détenu – tels que la grève de la faim ou parfois le suicide – pour se révolter ou faire pression sur l'administration de l'établissement. En conséquence, c'est un des rares mondes où l'acte de sollicitude que doit être la prise en charge médicale sans consentement sur ce type d'actes « auto-destructeurs » va également être un acte de politique pénitentiaire, visant à maintenir le bon ordre au sein de la détention.

Quant au libre choix de son praticien par le détenu, il est clairement évincé, par principe : par l'article D. 365 CPP concernant les consultations médicales, la possibilité de faire venir, à ses frais, un médecin personnellement choisi n'est qu'une dérogation soumise à autorisation du chef

³²⁵⁶ Problème pointé déjà, entre autres par la CNCDH, (Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues (adoptée par l'assemblée plénière le 19 janvier 2006), [en ligne], 2006, p. 2 et p. 6. Disponible via le site de la CNCDH), le CCNE (La santé et la médecine en prison. Avis n° 94, [en ligne], *op. cit.*, 2006, p. 21), mais également par le Commissaire aux droits de l'Homme du conseil de l'Europe (cf. Th. HAMMARBERG, Memorandum faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008, *op. cit.* 2008, p. 11, § 46, et avant lui, Alvaro GIL-ROBLES lorsqu'il était aux mêmes fonctions, A. GIL-ROBLES, Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France, *op. cit.*, pp. 38-39, § 140).

³²⁵⁷ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », *op. cit.*, 2010, p. 66

³²⁵⁸ Circulaire interministérielle DHOS/DGS/DSS/DGAS/DAP n° 2005-27 du 10 janvier 2005 « relative à l'actualisation du guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes détenues et à leur protection sociale »

³²⁵⁹ Article 50 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prolongé par l'article R. 57-8-6 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010. Cet article reprend, en l'adaptant au contexte pénitentiaire, l'article 1111-6-1 CSP créant ce droit à être assisté d'un « *aidant* » dûment formé, par un professionnel de santé, aux gestes infirmiers nécessaires le cas échéant.

³²⁶⁰ Dans cette même veine, la Cour des comptes se penche spécialement sur la situation des personnes dépendantes, notamment du fait de leur âge, et qui va tendre à devenir un problème exponentiel dans les années à venir eu égard à l'allongement de la durée des peines prononcées et à celui de la durée de prescription concernant les infractions sexuelles commises contre des mineurs. La proportion des détenus « vieillissants » et de ceux âgés de plus de 60 ans tend déjà à augmenter de manière régulière et continue. Le nombre des seconds a « [...] *plus que doublé entre le 1er janvier 1997 et le 1er janvier 2009* [...] » (COUR DES COMPTES, *Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale* », *op. cit.*, 2010, p.64 et plus largement, sur les premières réponses apportées à cette question et les points à améliorer telle qu'une formation adéquate de personnel pénitentiaire à l'accompagnement de ces personnes dépendantes etc., pp. 64-65).

³²⁶¹ Article 54 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

d'établissement ; l'article D. 391 CPP concernant les hospitalisations se révèle encore plus strict puisque la dérogation doit s'obtenir, cette fois, du directeur régional des services pénitentiaires territorialement compétent.

Un point positif doit cependant être relevé dans la législation française réservée aux détenus en matière de soins : la suspension de peine médicale, issue de la loi du 4 mars 2002 et insérée à l'article 720-1-1 CPP, aux connotations humanitaires, au-delà même de la simple mesure sanitaire. Cette mesure, qui a obtenu de la Cour de Strasbourg un « *brevet de conventionnalité* »³²⁶² sur ce point, permet aux personnes mourantes ou dont il est avéré qu'elles sont atteintes « [...] *d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé est durablement incompatible avec leur maintien en détention* [...] »³²⁶³ de sortir durablement de prison, dès lors que cet état a été constaté « *de manière concordante* » par « [...] *deux expertises distinctes* »³²⁶⁴, et ce « [...] *quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée* [...] »^{3265 3266}.

La loi du 24 novembre 2009 a assoupli les conditions d'octroi de cette suspension pour les cas d'urgence, « [...] *lorsque le pronostic vital est engagé* [...] », en autorisant que la suspension de peine soit ordonnée au vu d'un seul certificat médical « [...] *établi par le médecin responsable de la structure sanitaire dans laquelle est pris en charge le détenu ou son remplaçant* [...] ».^{3267 3268} Il faut cependant remarquer que cet article n'est applicable qu'aux condamnés, évinçant les prévenus de cette mesure, alors même que ces derniers sont encore, pour leur part, présumés innocents, et pourraient, *a priori*, légitimement faire l'objet d'égards particuliers à ce titre.

Au-delà de toutes ces libertés physiques ou sociales, les libertés intellectuelles doivent permettre à l'individu de s'épanouir pleinement sur le plan des idées et de la pensée. C'est là encore un ancrage fort de la Liberté qui s'éprouve, sur la seconde de ses composantes humaines, son esprit, et qui doit lui permettre d'en jouir pleinement et sereinement, ce qui n'est pas forcément le cas dans les deux institutions étudiées et parfois pour des raisons très triviales et matérielles peu acceptables.

◇ g) *La liberté religieuse*

La liberté religieuse est inscrite par la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen dans celle plus large d'opinion³²⁶⁹ et reprise à l'article 9 de la CEDH, dont le premier alinéa est recopié au mot près dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, aux articles 18 de la DUDH comme du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Son plein exercice est conditionné par la possibilité de pratiquer son culte. En France, les rapports entre l'Etat et les religions sont régis par la loi du 9 décembre 1905. Un texte qui, au-delà du principe de séparation entre Eglises et Etat entraînant le refus de toute subvention ou financement des cultes³²⁷⁰, reconnaît la possibilité, cependant, de dépenses publiques en faveur de l'instauration et du fonctionnement d'aumôneries dans les lieux d'enfermement tels que les asiles, les hôpitaux et les prisons.

³²⁶² B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, p. 108. Ce brevet a été décerné via l'arrêt Cour EDH, 15/1/2004, « MATENCIO c/ France », préc.

³²⁶³ Alinéa 1er de l'article 720-1-1 CPP

³²⁶⁴ Alinéa 2 de l'article 720-1-1 CPP

³²⁶⁵ Alinéa 1er de l'article 720-1-1 CPP

³²⁶⁶ Il faut tout de même relever que, depuis l'arrêt « MATENCIO », le législateur a jugé bon de rajouter, par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, la condition d'absence de « *risque de renouvellement de l'infraction* » pour octroyer cette suspension de peine médicale.

³²⁶⁷ Alinéa 2 de l'article 720-1-1 CPP modifié par l'article 79 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³²⁶⁸ Et il ne faut pas se méprendre sur la nature bien distinctes de ces deux procédures, la seconde venant compléter la première dans le cas très précis de l'urgence, mais en aucun cas ne pouvant justifier une non-application de cette première procédure lorsque toutes les conditions en sont réunies. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'une procédure d'urgence simplifiée a été instaurée qu'il faut considérer que tous les détenus gravement malades doivent attendre d'en être à un point où la procédure d'urgence peut être déclenchée pour leur accorder la suspension de peine, ce qui en viendrait à rendre inutile la procédure courante de l'article L. 720-1-1 CPP (CA Aix-en-Provence, 16/2/2010, n°159-J-2010, *AJP* 2010, pp. 253-254, note M. HERZOG-EVANS).

³²⁶⁹ Article 10 de la DDHC

³²⁷⁰ Alinéa 1er de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905

Plusieurs obstacles viennent pourtant, et malgré cette disposition législative, s'insinuer entre l'édiction théorique de ce droit pour le patient hospitalisé et son effectivité : il est rare, dans les établissements de soins français, que tous les cultes soient rendus. Si des chapelles existent encore dans la majorité des structures, toutes ne sont plus en service, faute d'officiant notamment. En outre, encore faut-il que le patient ait l'autorisation de sortir de son unité pour aller assister à ce culte. En conséquence, le recours à des aumôniers est fréquent. On peut supposer que la retransmission télévisuelle ou radiophonique des cultes peut servir également de palliatif, tout au moins concernant les cinq grandes religions, dès lors que le patient peut avoir effectivement accès au poste de télévision ou de radio à l'heure de ladite retransmission.

Pour les détenus, la dimension religieuse est particulièrement protégée par les textes³²⁷¹ ; l'Etat, non seulement reconnaît dans la théorie tous les cultes pour n'en privilégier aucun et laisser une liberté de conviction totale aux reclus, mais en outre il donne les moyens effectifs aux aumôneries pénitentiaires de se maintenir, *a priori*, dans leur diversité : lui qui devait se montrer non-interventionniste, au nom d'une conception stricte de la laïcité, se doit d'organiser dans tous les lieux d'enfermement à temps plein cet accès à un guide spirituel et à la faculté d'exercer son culte, mettant ainsi tous ceux qui le souhaitent à même d'assouvir pleinement leur liberté de croyance, mais ce sans obligation bien entendu, autonomie du sujet et liberté spirituelle pure primant. A tel point que l'article 2 de la loi de 1905 pose donc le droit dérogatoire au financement de ces présences spirituelles dans les lieux d'enfermement sus-évoqué. En outre, on l'a dit, les rapports avec l'aumônier jouissent d'un statut spécial particulièrement avantageux, protégeant le caractère profondément intime de la croyance et reconnaissant dans cet appui spirituel un caractère salubre, éventuellement structurant et en tout cas propice au retour sur soi-même et ses actes. Ainsi doit-on rappeler qu'outre la confidentialité absolue reconnue à ses échanges, oraux comme écrits, avec le détenu³²⁷², l'aumônier est un des rares intervenants à pouvoir pénétrer dans la cellule disciplinaire³²⁷³.

La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 reste dans l'affirmation de la liberté de principe mais la fait suivre immédiatement d'une limite, dont l'appréciation concrète est laissée à l'administration, à savoir la possibilité de brider l'exercice du culte pour des raisons tenant à la sécurité ou au bon ordre de l'établissement. Le professeur HERZOG-EVANS voit dans l'énoncé de cette liberté ainsi limitée d'entrée de jeu une régression par rapport aux formules du droit réglementaire antérieures, sans compter la précision incise après l'affirmation de liberté de culte, qui précise que ce dernier s'exercera « [...] *selon les conditions adaptées à l'organisation des lieux.* »³²⁷⁴. Les impératifs matériels de l'administration pénitentiaire ont ainsi la primeur dès lors que l'expression minimale de la liberté est reconnue. Il s'agit de toute évidence de protéger l'administration contre des exigences concrètes qu'elle n'a matériellement pas les moyens de contenter.

En effet, au-delà de ces principes et règles travaillant à une véritable effectivité de la liberté religieuse, cette dernière connaît malgré tout encore des entraves matérielles, et tout particulièrement concernant la religion islamique. Cette croyance impose, dans certaines de ses branches, des contraintes alimentaires et des rites précisément fixés dans le temps, qui ne sont pas

³²⁷¹ Articles D. 432 et D. 436 CPP, articles abrogés au 29 décembre 2010 et devenus, à quelques modifications près, l'article R. 57-9-3 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 complété du nouvel article D. 439-5 CPP

³²⁷² Alinéa 2 de l'article D. 437 CPP devenu l'alinéa 2 de l'article R. 57-9-6 et article D. 438 CPP. Concernant ce dernier article portant sur la correspondance écrite, les décrets d'application de la loi du 24 novembre 2009 a fait basculer l'exposé de cette exigence dans le chapitre concernant la gestion des correspondances « *spécialement protégées* », retirant toute mention à ce propos du chapitre concernant « *l'assistance spirituelle* » (les termes indiqués entre guillemets sont ceux désormais employés dans le Code suite au décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010).

³²⁷³ Alinéa 1er de l'article D. 437 CPP. Pour être précis, l'alinéa 2 de ce même article prévoyait normalement que, dans le cas d'un placement au quartier disciplinaire, l'entretien se faisait « [...] *dans un local spécial* », ce qui n'avait apparemment pas cours en pratique, l'échange ayant bien lieu dans la cellule disciplinaire. Les mêmes dispositions sont reprises, au mot près, aux alinéas 1 et 2 de l'article. R. 57-9-6 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010... Néanmoins, il y a peu de chance d'assister à un changement dans la pratique quant à ce deuxième alinéa, cette dernière ne suscitant pas de polémique en l'état.

³²⁷⁴ Article 26 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

forcément compatibles avec l'emploi du temps pénitentiaire³²⁷⁵. L'amalgame en vogue actuellement entre revendication religieuse, intégrisme musulman et terrorisme n'aide pas, en outre, à la souplesse dans les relations entre surveillants ou administration pénitentiaire et détenus. La pénurie d'aumôniers musulmans, qui pourraient jouer un rôle d'intercesseur et d'informateur – voire un rôle éducatif auprès du personnel pénitentiaire – au sein de la détention, nuit à la qualité de cette relation.

◇ h) *La liberté d'opinion*

Au-delà de l'aspect religieux, et même purement culturel, qui vient d'être exposé, les enfermés doivent pouvoir jouir de la liberté de pensée au même titre et avec la même ampleur que toute autre personne. Cette liberté, qualifiée également de liberté d'opinion, est en effet dûment reconnue, en sus de la DDHC³²⁷⁶, à l'article 9 de la CEDH et, dans les mêmes termes, à l'article 10 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, aux articles 18 et 19 de la DUDH³²⁷⁷ et à l'article 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966. Son invocation, toujours en binôme avec soit la liberté d'expression soit avec la liberté religieuse qui contient elle-même une dimension d'extériorisation de ses convictions, souligne la difficulté à protéger une liberté qui ne peut être atteinte que *via* ses manifestations. La pensée, dès lors qu'elle reste intérieure, est en effet inviolable, indécélable. Il demeure cependant symboliquement important d'affirmer cette liberté qui reste l'une des premières manifestations de la liberté individuelle intellectuelle de l'être pensant et de son droit à l'autonomie de sa réflexion.

Sans doute est-ce dans le cadre de cette liberté que le regard porté sur la folie a le plus évolué, peut-être même peut-on avancer que c'est la reconnaissance véritable de cette liberté à ces personnes à la pensée « autre » qui a été le point de départ de cette évolution, passant par l'acceptation de la différence même la plus troublante dans les raisonnements dès lors qu'ils ne remettent pas en cause les valeurs fondatrices de la société. Il s'agit même de défendre dans la reconnaissance de ce droit la pluralité des opinions et des idées, « [...] *une des assises d'une société démocratique* [...] »³²⁷⁸.

Quant au monde carcéral, la loi du 24 novembre 2009 reconnaît expressément, sans autre précision, cette liberté, invoquée en même temps que la liberté de conscience et de religion³²⁷⁹.

◇ i) *La liberté d'expression*

Véritable soeur siamoise de la liberté d'opinion, pour reprendre l'image de Gilles LEBRETON³²⁸⁰, la liberté d'expression est tributaire de la liberté de pensée, qui lui donne matière à exprimer, autant que cette dernière a besoin de la liberté d'expression pour se dire, pour être confrontée à d'autres opinions, pour s'épanouir. Apparaît ainsi nettement que, au-delà de leur formulation, c'est bien la communication des idées et des pensées que l'on veut garantir. Protégée en ce sens par les articles 11 de la DDHC, 10 de la CEDH, 11 §1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE qui recopie, une fois de plus, la Convention Européenne, et 19 de la DUDH comme du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, elle est considérée comme une pierre angulaire de la démocratie par la jurisprudence des grandes juridictions³²⁸¹, la liberté telle que défendue dans les Etats européens induisant « [...] *le pluralisme, la tolérance et l'esprit*

³²⁷⁵ On peut penser, par exemple, à l'heure de la prière tombant au moment de la promenade. Les détenus musulmans croyants souhaitent alors effectuer leur rite dans la cour pendant que les surveillants s'y opposent, craignant ce type de rassemblement. Il faut par contre relever qu'une attention apparemment plus forte est portée au respect des interdits alimentaires et l'on peut observer un service de repas supplémentaire, par exemple, en période de ramadan, afin de respecter l'organisation du jeûne (J-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, *Répertoire pénal Dalloz*, op. cit., 2006, p. 36, n° 207).

³²⁷⁶ Article 10 de la DDHC.

³²⁷⁷ Ce texte différencie en effet la liberté de pensée et de conscience, qu'il rapproche de la liberté de religion (article 18), de la liberté d'opinion, qu'il protège en même temps que celle d'expression (article 19).

³²⁷⁸ Arrêt Cour EDH, 25/5/1993, « *KOKKINAKIS c/ Grèce* », préc.

³²⁷⁹ Article 26 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.

³²⁸⁰ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, op. cit., 2001, p. 376.

³²⁸¹ Notamment, Cour EDH, 7/12/1976, « *Handyside* », req. n°5493/72, § 49 ou 26/4/1979, « *Sunday Times c/ Royaume-Uni* », req. n°6538/74, § 65 ; Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, « Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse ».

d'ouverture »³²⁸² et, donc, étant même, par principe, favorable, sous réserve du respect d'autrui et de l'absence de remise en cause des fondements vitaux pour un Etat³²⁸³, à la divulgation d'idées ou informations qui « [...] *heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population.* »³²⁸⁴. L'idée ressort que la dissidence peut ouvrir sur le progrès, par le « penser autrement ».

Concernant les personnes hospitalisées sous contrainte, cette liberté d'expression leur est normalement reconnue *via* la possibilité d'émettre des courriers, dont le contenu peut aller des informations les plus terre-à-terre, jusqu'à la création littéraire ou artistique ou encore à la critique. La nature de ces envois épistolaires n'étant pas précisé, comme on l'a signalé, rien n'interdit, au-delà de l'expression d'idées dans le cadre d'échanges intimes avec sa famille, la transmission d'articles à l'attention de journaux par exemple. Le non-respect du caractère absolu de ce droit reconnu par l'article L. 3211-3 CSP, gangrené, on l'a dit, par l'absence de reconnaissance de l'inviolabilité des correspondances vient ainsi remettre en cause cette prérogative, marquant ainsi une première différence de régime entre ces citoyens enfermés et les autres.

Concernant les personnes détenues, cette liberté fait l'objet d'une surveillance d'autant plus attentive par le juge européen que, comme le fait remarquer Béatrice BELDA, elle « [...] *constitue un moyen privilégié [...] particulièrement pour les détenus, séparés de la communauté libre par la privation de liberté d'aller et de venir dont ils font l'objet, de participer effectivement à la vie en société par la manifestation d'opinions, d'informations ou d'idées.* [...] [S]i l'exercice de [cette] liberté est un gage d'« épanouissement » pour tout individu, il l'est d'autant plus à l'égard des personnes privées de liberté. [...] »³²⁸⁵. Mais on peut noter avec ce même auteur que la Cour considère comme un gage de respect des droits du détenu reconnu comme citoyen à part entière l'« alignement par référence au droit commun » opéré par le droit et la jurisprudence français des modalités d'exercice et des limites posées à la liberté d'expression des détenus sur le régime en vigueur pour les personnes libres, les motifs et « [...] *restrictions de fond dont [...] [une publication] est susceptible de faire l'objet [...] [n'étant] pas d'une nature différente de celles applicables à tout citoyen* »^{3286 3287}. Mais la différence de taille entre ces deux régimes touche en réalité leur nature même, la possibilité de censure préventive reconnue à l'administration, là où les pouvoirs publics ne peuvent agir qu'*a posteriori*. Ainsi l'autorité administrative pénitentiaire a la possibilité effective d'éviter, le cas échéant, toute conséquence irréparable d'une parution tandis que ce risque potentiel demeure dans le système extrêmement libéral en vigueur dans la société civile. On peut entendre que l'argument consistant à évoquer la nature de la population pénale, propre à commettre des infractions, revendicative, peu modérée et généralement manquant de la notion de limite justifie une telle précaution *a priori*, quoique déjà, on puisse s'interroger sur le bien-fondé du maintien d'une forme de « *culture du secret* »³²⁸⁸ peut-être un peu archaïque ou d'une culture de la prévention un peu exacerbée. Mais il faut bien reconnaître alors, avec Monsieur PECHILLON, que l'alignement n'en est pas tout à fait un, et que c'est bien le régime qui a volontairement été refusé, au titre de la liberté et de la nécessité du pluralisme vital aux sociétés démocratiques qui est appliqué ici envers la population détenue. L'alignement n'a lieu que sur la liste des restrictions pouvant justifier la censure³²⁸⁹.

Ainsi, brevet de conventionnalité est en tout cas donné à l'état du droit français, qui ne

³²⁸² P. WACHSMANN, « Liberté d'expression » dans J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, op. cit., 2008, p. 631

³²⁸³ Ils varient légèrement d'un texte à l'autre, mais s'y retrouvent de manière générale la protection de la sécurité, de l'ordre public, de la santé publique etc.

³²⁸⁴ Arrêt Cour EDH, 7/12/1976, « *Handyside* », préc., § 49

³²⁸⁵ B. BELDA, Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté, op. cit., 2007, p.161

³²⁸⁶ D. BESLE, « Les limites de la liberté d'expression des détenus », Note sous l'arrêt CAA Lyon, 30/6/2005, « *Ministre de la Justice c/ M. HENAF* », *AJDA*, 2006, p. 315

³²⁸⁷ B. BELDA, *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté*, op. cit., 2007, pp. 165-166, à propos de l'arrêt CAA Lyon, 30/6/2005, « *Ministre de la Justice c/ M. HENAF* », préc.

³²⁸⁸ E. PECHILLON, dans J-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, « Droit de l'exécution des peines : panorama 2005 », *Dalloz* 2006, n° 16, p. 1079

³²⁸⁹ Cf. E. PECHILLON, dans J-P. CERE, M. HERZOG-EVANS et E. PECHILLON, « Droit de l'exécution des peines : panorama 2005 », op. cit., 2006, pp. 1079-1080

permet « [...] la sortie [d']écrits faits par un détenu en vue de leur publication ou de leur divulgation, sous quelque forme que ce soit [...] » que sur autorisation expresse du directeur interrégional des services pénitentiaires compétent et qui précise que « [s]ans préjudice d'une éventuelle saisie par l'autorité judiciaire et sous réserve de l'exercice des droits de la défense, tout manuscrit rédigé en détention peut [...] être retenu pour des raisons d'ordre, pour n'être restitué à son auteur qu'au moment de sa libération. »³²⁹⁰. De même, pour des films ou assimilés, et alors même que ces audiovisuogrammes ont pu être réalisés dans le cadre d'ateliers d'insertion, leur diffusion en dehors des établissements pénitentiaires ne peut s'effectuer qu'après autorisation du ministre de la Justice pour une visée nationale, au directeur régional pour un impact local et par le magistrat en charge de la procédure pour les prévenus³²⁹¹.

Les personnes détenues se voient également reconnaître expressément leur droit à l'image. Composante normalement traitée dans le cadre de la protection de la vie privée, l'angle d'approche adopté par la loi du 24 novembre 2009 amène plutôt à l'évoquer dans le cadre de la liberté d'expression. En effet, le droit à l'image, -auquel est adjoint en prolongement l'enregistrement de la voix- reconnu en tant qu'attribut de la personne, dont l'obligation de consentement écrit avant toute utilisation ou diffusion est dûment protégée, ne pose pas de problème de fond. Par contre, la novation de l'article 41 de cette nouvelle loi française est l'inscription de la possibilité pour l'administration pénitentiaire, - ou pour l'autorité judiciaire dans le cas des prévenus³²⁹²-, de s'ingérer dans l'exercice de ce droit, en s'opposant à cette diffusion ou utilisation, dès lors que, cumulativement, « [...] cette diffusion ou cette utilisation est de nature à permettre son identification et que cette restriction s'avère nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public, à la prévention des infractions, à la protection des droits des victimes ou de ceux des tiers ainsi qu'à la réinsertion de la personne concernée. ». Une série de restrictions qui offre donc une large possibilité d'opposition à l'administration, y compris pour la protection des intérêts du détenu et malgré lui, et qui n'est pas sans rappeler les restrictions de la Convention EDH par rapport à la liberté d'expression. C'est donc bien davantage sous cet angle d'approche que la loi française entend aborder cette question.

La liberté d'expression s'épanouit également à l'intérieur même de la détention, puisque des journaux, on l'a évoqué précédemment, peuvent être rédigés par les détenus à destination de leurs congénères et circuler ainsi au sein de l'établissement ; de toute évidence, cette liberté restera cependant bridée, à commencer par l'auto-censure, la diffusion s'effectuant avec l'accord et sous contrôle de l'administration qui a tout pouvoir discrétionnaire pour la suspendre³²⁹³.

§ 3. Les libertés relationnelles

Restent les « libertés relationnelles »³²⁹⁴, pour reprendre l'expression de Gilles LEBRETON, englobant à la fois les libertés collectives que sont celles de réunion et de manifestation et la liberté d'association, en faisant ressortir le point central qu'elles dégagent : cette capacité pour les citoyens de se retrouver, s'allier, discuter, de faire bouillonner les idées donc mais aussi de se donner les moyens de les mettre en acte, d'agir en tout cas. L'idée démocratique est bien de permettre à chacun de se retrouver au coeur d'une action créative, que l'alliance avec d'autres peuvent aider à approfondir et à concrétiser. Comme l'exprime Monsieur LEBRETON, ces libertés qu'on qualifie de « relationnelles » n'obtiennent pas cette dénomination « [...] parce qu'elles sont les seules à impliquer des relations sociales mais, plus modestement, parce que, contrairement aux autres libertés, qui laissent la dimension relationnelle au second plan, [...] elles placent celle-ci au centre de leurs préoccupations. »³²⁹⁵.

Les libertés collectives, - mais la liberté d'association peut y participer à sa manière-, sont reconnues fondamentales pour assurer le fonctionnement démocratique et libéral d'une société, sa

³²⁹⁰ Article D. 444-1 CPP

³²⁹¹ Article D. 445 CPP renvoyant à l'article R. 57-6-17 CPP

³²⁹² Article R. 57-6-17 CPP issu du décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

³²⁹³ Alinéa 3 de l'article D. 444-1 CPP

³²⁹⁴ G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit., 2001, p. 481

³²⁹⁵ G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'Homme, op. cit., 2001, p. 481

capacité d'exprimer la contestation et de créer les débats nécessaires permettant l'expression de la contradiction. Ces libertés sont défendues par le juge européen comme des prolongements de la liberté d'expression³²⁹⁶, une idée que l'on retrouve d'ailleurs dans l'analyse portée par le Conseil constitutionnel français sur la liberté de manifestation³²⁹⁷.

La liberté de réunion, régie par les lois du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907 qui permettent de tenir des réunions sans autorisation ni même déclaration préalable dès lors qu'elles s'effectuent hors de la voie publique, -ce qui les différencie des manifestations-, et constitutionnalisée par le Conseil Constitutionnel en 1995³²⁹⁸, est protégée aux plans européen et international par les articles 20 de la DUDH, 21 du PIDCP, 11 de la CEDH, 12 §1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, étant toujours précisé que la réunion doit être pacifique. La liberté de manifestation, réglée par le décret-loi du 23 octobre 1935 qui la soumet, pour sa part, à un régime de déclaration préalable³²⁹⁹, et néanmoins constitutionnalisée comme la liberté de réunion, par la même décision du 18 janvier 1995 bénéficie d'une extension de la protection offerte par la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cette dernière. Pour l'une comme pour l'autre, la Cour européenne se montre sévère sur l'appréciation de la nécessité ouvrant droit à restriction par les pouvoirs publics. La marge de manoeuvre est étroite entre une restriction reconnue légitime si elle vise à prévenir « [...] *un risque réel et prévisible d'action violente, d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques de la part des intéressés* [...] »³³⁰⁰ et le rejet d'une limitation, - par exemple une sanction disciplinaire -, qui n'aurait pour seul motif que la participation à une manifestation au cours de laquelle auraient été commises des violences, « [...] *dès lors que [l'intéressé] [...] ne commet lui-même aucun acte répréhensible* »³³⁰¹.

Quant à la liberté d'association, proclamée par la loi du 1er juillet 1901 « relative au contrat d'association » avant de trouver un écho aux articles 20 de la DUDH, 22 du PIDCP, 11 de la CEDH et 12 §1 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'UE, et reconnue au nombre des PFLR par la décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971³³⁰² en droit interne son principe est volontairement très libéral puisque précisément, elle organise un régime de liberté de création, sans exigence d'autorisation ni de déclaration préalable. Elle recouvre un volet individuel, -la liberté d'adhérer ou non à une association de son choix dès lors que l'on satisfait aux conditions d'admission, possibilité de sortir de l'association, liberté de participer à la vie interne de l'association -, et un volet collectif - liberté de constitution de l'association, qui n'a donc pas à demander d'autorisation ou à se déclarer préalablement à sa création sauf si elle veut bénéficier de la personnalité morale (mais dans ce dernier cas, l'autorité administrative n'est là que pour prendre acte de cette déclaration et contrôler que les conditions de formes imposées par la loi sont remplies), liberté de but et d'objet dès lors qu'il ne s'agit pas de partager des bénéfices, liberté de fonctionnement -.

Invoquer la liberté de manifestation ici tient néanmoins davantage de l'hypothèse d'école que de la réalité. En effet, il semble difficile d'imaginer une manifestation de personnes

³²⁹⁶ Cour EDH, 26/9/1995, « *VOGT c/ Allemagne* », req. n° 17851/91, Cour EDH, 2/10/2001, « *STANKOV et Organisation Macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie* », req. n° 29221/95 et 29225/95, § 85

³²⁹⁷ Décision Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18/1/1995, « Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité », cons. 16

³²⁹⁸ Décision Conseil constitutionnel, n°94-352 DC du 18/1/1995, préc.. Le Conseil constitutionnel renvoie, dans cette décision « [...] *au droit d'expression collective des idées et des opinions* [...] » qualifié de « [...] *liberté* [...] *constitutionnellement garantie* [...] » (cons. 16)

³²⁹⁹ Le décret-loi distingue cependant les manifestations dites « conformes aux usages locaux », qui bénéficient d'une entière liberté de rassemblement, des autres, soumises au régime de la déclaration préalable.

³³⁰⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 549 reprenant l'arrêt Cour EDH, 2/10/2001, « *STANKOV et Organisation Macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie* », préc., § 111

³³⁰¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 549, à propos de Cour EDH, 26/4/1991, « *EZELIN c/ France* », req. n°11800/85, § 51-53

³³⁰² Décision Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16/7/1971, « Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association »

hospitalisées et enfermées, sinon à l'encontre de leur service et à l'intérieur de celui-ci, auquel cas on peut difficilement parler de manifestation au sens courant du terme. *De facto*, l'exercice de cette liberté est impossible. A propos des détenus, la liberté de manifestation est clairement incompatible avec leur statut et toute tentative serait de toute évidence classée en mutinerie, une grave faute disciplinaire. Les exigences de sécurité publique s'opposent nettement à la reconnaissance de cette liberté. Il en va de même en matière de droits sociaux : le travailleur en prison n'est ni un salarié ni un agent public, il se voit spolié de tous ses droits à la grève, à la revendication sociale, de se syndiquer etc.³³⁰³.

L'exercice de la liberté de réunion et de celle d'association paraît plus plausible. Par principe, ces deux libertés sont reconnues aux patients hospitalisés sous contrainte dans la mesure où rien ne les interdit. Cependant, étant donné le contexte particulier de l'hospitalisation sans consentement en psychiatrie, il paraît peu vraisemblable que l'exercice de ces libertés, notamment celle de réunion, soit autorisé sans modalités particulières. Il y a fort à parier, par exemple, que la présence d'un soignant sera exigée lors de toute réunion de patients entre eux et organisée par eux.

Quant à l'univers carcéral, la liberté de réunion n'y est pas reconnue dans sa plénitude, dans la mesure où tout rassemblement de personnes, quelle que soit sa raison d'être oblige à une autorisation du chef d'établissement³³⁰⁴. Dans les établissements pour peines, on sait pourtant qu'avec le régime « portes ouvertes » instauré dans la journée, permission est donnée aux détenus de circuler dans la détention et donc éventuellement de se regrouper à quelques-uns. Les règlements intérieurs sont donc la principale source de droit à l'égard de cette liberté.

La liberté d'association, pour sa part, n'en semble pas bannie en soi : aucun texte ne l'interdit ... ni ne la réglemente, que ce soit au sein du code de procédure pénale ou dans la loi du 1er juillet 1901, sachant néanmoins que l'article D. 442 CPP prévoit la constitution d'une association socio-culturelle et sportive sous le régime de la loi de 1901 dans chaque établissement pénitentiaire, ce qui laisse entendre une absence de particularisme au moins quant au fonctionnement des structures servant d'assise à l'exercice de cette liberté quand elle sont prévues par les textes. Reste que cela ne dit rien sur la liberté, en amont, de s'associer, sur les objets de son choix et avec les partenaires de son choix. Au vu du régime précédemment exposé, c'est pourtant vraisemblablement surtout sur le volet collectif que l'administration peut avoir des réticences.

Néanmoins, en vertu de ce silence de la loi, -alors même que la CNCDH en avait recommandé « [...] *l'inscription de manière explicite dans la loi* [...] », dans son *Avis sur le projet de loi pénitentiaire* adopté par l'assemblée plénière le 6 novembre 2008³³⁰⁵-, et de la reconnaissance actuelle du détenu comme citoyen à part entière³³⁰⁶, tout prisonnier doit en théorie pouvoir adhérer à l'association de son choix, dès lors qu'il remplit les conditions régissant la qualité de membre de ladite association, et même pouvoir lui-même en créer une. Dans la pratique, il semblerait que « [...] *la crainte de désordres* [...] »³³⁰⁷ ait freiné l'exercice de ce droit, de même qu'il serait nécessairement gêné par les contraintes pénitentiaires, posant des obstacles à la liberté de réunion par exemple. En outre, comme le fait remarquer Jean FAVARD, une liberté totale et sans contrôle peut amener des jeux de pressions à l'adhésion entre détenus. Un excellent système apparaît, à ses dires, celui de l'association socio-culturelle et sportive instaurée par le code de procédure pénale, dans son principe, dans tout établissement pénitentiaire, qui offre une « [...] *construction* [...] ».

³³⁰³ Cf. pour une critique de cette situation, M. DANTI-JUAN, « Les droits sociaux du détenu », dans *La condition juridique du détenu*, op. cit., 1994, pp. 109-111 et pour un plaidoyer pour un changement, J. FAVARD, « Le détenu citoyen », op. cit., 1989, pp. 266-267

³³⁰⁴ Le Conseil d'Etat rappelle explicitement dans son ordonnance de référé du 27/5/2005, « Section française de l'observatoire international des prisons, M. Robert BRET, Mme Marie-Christine BLANDIN », préc., que « [...] la liberté de réunion n'a pas, en détention, la même portée qu'à l'extérieur [...] » et que les libertés fondamentales protégées par la procédure particulière du référé-liberté ne sont pas exemptes, par cette qualité, de la subordination nécessaire aux « [...] contraintes inhérentes à [la] détention [...] » qui interdit, en l'espèce, aux détenus de « [...] se prévaloir des dispositions des lois du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907 relatives à la liberté de réunion [...] ».

³³⁰⁵ CNCDH, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire (adopté par l'assemblée plénière le 6 novembre 2008)*, [en ligne], 2008, p. 11, recommandation n° 29. Disponible sur le site de la CNCDH, consulté le 30 juillet 2010

³³⁰⁶ Qui renverserait le principe habituellement attribué au monde carcéral « tout ce qui n'y est pas permis y est interdit ».

³³⁰⁷ J-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, *Répertoire pénal Dalloz*, op. cit., 2006, p. 45, n° 301. Cf. également, pour le même point de vue P. PEDRON, *La prison et les droits de l'homme*, Paris, LGDJ/EJA, 1995, p. 40

équilibrée[...] entre les trois composantes fondamentales du problème pénitentiaire que sont les détenus, le personnel pénitentiaire et les intervenants extérieurs. »³³⁰⁸. Elle garantit toute liberté au détenu d'y adhérer ou non, et d'y prendre une participation active à des degrés variables, depuis le simple membre jusqu'à une entrée au conseil d'administration, cette association respectant les statuts-types de la loi de 1901. Le rapport du CGLPL de 2009 ne semble pas aboutir aux mêmes satisfactions concernant ces associations, auxquelles les détenus adhèrent parfois sans réellement le savoir, leur cotisation étant intégrée dans les montants globaux prélevés sur le compte numéraire des détenus louant de l'électroménager. Demeurant en réalité très encadrées par le Code de procédure pénale qui en restreint la liberté de fonctionnement théorique³³⁰⁹, elles sont également contrôlées par l'administration³³¹⁰, quoique ce pouvoir soit dans la réalité peu exercé³³¹¹. Le président est souvent une personne extérieure à la prison, un visiteur de prison par exemple, les conseils d'administration se déroulent hors de la détention, de même apparemment, que les assemblées générales, rendant impossible toute participation des détenus, qui ne sont pas rendus destinataires des compte-rendus des premiers. La population pénale n'est pas consultée pour les prises de décisions, les assemblées générales. L'opacité des comptes en émeut certains et leur gestion attire les critiques de la Cour des comptes³³¹². Le fonctionnement est donc loin de se calquer sur celui posé par la loi de 1901 et en vigueur dehors³³¹³.

La personne hospitalisée sous contrainte comme le prisonnier sont reconnus comme des détenteurs à part entière de leurs droits civiques, déchéance ou retrait n'étant plus attachés directement à leur situation. Leur citoyenneté *largo sensu* est davantage malmenée sur le plan de la reconnaissance de certains droits fondamentaux. Néanmoins, la situation est incomparable avec celle connue avant-guerre. Le troisième cercle de citoyenneté, plus récent, concerne également ces deux catégories de population au même titre que tout autre individu, et s'applique cette fois à elles sans décalage dans le temps par rapport à la création de cette nouvelle forme de citoyenneté et à son application à la population générale. Signe que la banalisation de la situation des hospitalisés sous contrainte et des prisonniers tend à réellement s'ancrer dans les esprits, signe que les textes généraux s'y appliquent par principe, comme au sein de tout service public.

II. L'ENFERME ET LA PLURALITE DES CITOYENNETES : AU-DELA DE LA CITOYENNETE CIVIQUE, LA CITOYENNETE ADMINISTRATIVE

La personne accueillie sur une décision d'hospitalisation sous contrainte en service de psychiatrie ou sur décision judiciaire en prison se retrouve dans une position d'usager de services publics administratifs bien particuliers, privatifs de liberté. Toute la dimension de choix volontaire d'utilisation du service et la discussion sur la contrainte du recours au service est ici réduite à sa plus simple expression, extrême : la contrainte est absolue et engage l'ensemble de la personne, de son corps, de ses droits. Cette situation est à concilier avec la reconnaissance de plus en plus affirmée de l'individu en tant que tel, quel qu'il soit et notamment dans le cadre des services publics. La véritable révolution connue par le service public et le statut de son usager de manière plus générale, vient s'harmoniser avec celle vécue par la personne privée de liberté sur le plan de sa citoyenneté entendue au sens large – ralliant l'apanage des droits fondamentaux à la notion civique classique – et ouvre sur une nouvelle citoyenneté, celle administrative. L'enfermé, pleinement

³³⁰⁸ J. FAVARD, « Le détenu citoyen », *op. cit.*, 1989, p. 268

³³⁰⁹ Ainsi, par exemple, l'article A. 42-2 du CPP impose que le trésorier soit un fonctionnaire.

³³¹⁰ Articles A. 42-1 à A. 42-3 CPP

³³¹¹ COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », *op. cit.*, 2010, p. 83

³³¹² COUR DES COMPTES, Le service pénitentiaire : « prévenir la récidive, gérer la vie carcérale », *op. cit.*, 2010, pp. 82-85

³³¹³ CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTE, *Rapport annuel d'activité 2009*, [en ligne], *op. cit.*, 2010, pp. 58-59

reconnu aujourd'hui comme un usager du service public, avec toute l'évolution de statut et de reconnaissance que génère cette notion (A), se voit doté des nouveaux droits afférents à cette qualité, débouchant dès lors sur cette nouvelle dimension citoyenne, celle administrative (B).

A · L'ENFERME, DE L'USAGER DU SERVICE PUBLIC AU CITOYEN

ADMINISTRATIF

Le statut de l'usager renferme toute une évolution des relations et donc de la place de l'individu dans ses rapports à l'administration, traçant une émancipation de ce dernier et un retournement de centre d'intérêt en sa faveur (1). Les services privatifs de liberté, construits sur la contrainte et la relation de domination de l'individu par l'autorité administrative tentent de s'adapter, à leur manière, à cette nouvelle approche de l'individu usager (2).

§ 1. Les différentes figures de l'usager³³¹⁴

La place de l'individu ayant affaire aux services publics par rapport à cette institution a en effet largement évolué durant les quatre dernières décennies : de sujet passif devant se plier à la volonté administrative et étant contraint, dans nombre de cas, de passer par ces services, l'administré a progressivement revendiqué – et obtenu – une place d'acteur au sein de services voués à l'intérêt général, un intérêt dont cet usager ne peut être totalement désintéressé en tant que citoyen. Mais le réel saut qualitatif nous semble être celui qui fait basculer l'individu administré au rôle d'usager. Par la suite, si les termes de « consommateur » de services publics ou de « client » peuvent choquer un pan de la doctrine et paraître effectivement antinomiques avec une conception sociale voire « solidariste » du service public, ils sont plutôt révélateurs d'une évolution du concept d'usager de ces services et participent à la construction du nouvel usager des services publics. Cette remarque nous semble particulièrement appropriée aux services publics administratifs, auxquels appartiennent les deux services publics plus précisément étudiés ici. Il nous semble en effet que plutôt que de discuter sur un remplacement successif de l'administré par l'usager puis le client ou le consommateur, on peut lire une continuité dans les évolutions les plus récentes du statut du sujet en rapport avec le service public, qui reste un usager dont le statut est infléchi par les notions de client et de consommateur, dont il intègre certaines dimensions. Mais davantage qu'une corruption, on peut y voir un enrichissement permettant une mise en phase avec le contexte sociétal actuel qui, sans renier la nécessaire solidarité issue du service public à la française, cherche également une amélioration du service.

Parallèlement à cette première évolution, il faut en relever une seconde, visant à renforcer la dimension citoyenne du service public : l'usager devient et doit se reconnaître comme citoyen de par sa participation active aux services publics. Les deux évolutions travaillent de pair et c'est de leur alchimie commune que naît l'usager renouvelé et citoyen, pleinement reconnu dans sa dimension de sujet de droits et de personne.

L'administré, Jacques CHEVALLIER n'en traite que par la description d'une relation à sens unique basée sur « [...] *l'imposition unilatérale*³³¹⁵ d'une domination [...] », et le triptyque autorité – contrainte – éloignement (de l'administration par rapport à son administré). Une « [...] *image de l'administré* [...] » en tant que « [...] *négalif de l'omnipotence administrative* », réifié au point de n'être considéré que comme « [...] *une surface d'inscription*³³¹⁶ des disciplines administratives [...] »³³¹⁷ qu'il oppose à celle d'un usager dont le nouveau statut est « [...] *révélateur de la soumission de l'administration aux impératifs de sa fonction* [...] » et même « [...] *réfèrent*³³¹⁸

³³¹⁴ Ce titre est inspiré de celui de l'article de Jacques CHEVALLIER, « Figures de l'usager », dans CURAPP, *Psychologie et science administrative*, Paris, PUF, 1985, pp. 35-69

³³¹⁵ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³³¹⁶ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³³¹⁷ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 43

³³¹⁸ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

ultime de l'action administrative »³³¹⁹. On bascule vers l'ouverture sur la relation bilatérale, un véritable dialogue impliquant réciprocité, proximité et liberté, selon l'actuel directeur du CERSA³³²⁰, car, comme il le complète, « [...] face aux équipements que l'administration met à sa disposition, devant les services qu'elle offre, l'usager garde une faculté de choix, une distance critique, une marge d'autonomie. »³³²¹. C'est bien un nouveau modèle de relation entre l'administration et son public qui s'inscrit ici dans l'attitude adoptée envers la personne ayant affaire au le service public. On glisserait alors ostensiblement vers une administration désormais « [...] préposée au service public et exclusivement soucieuse de répondre aux aspirations de tous ordres des individus et des groupes »³³²², qui ne serait « [...] plus là pour dominer mais pour servir [...] »³³²³, mais en tenant compte, toujours, de la mission inchangée du service public : l'intérêt général. Si elle peut donc permettre le bien-être, l'épanouissement voire le bonheur de ses usagers³³²⁴, cela ne doit pas être son objectif premier mais, soit une heureuse conséquence collatérale, soit un vecteur nécessaire pour remplir sa mission première de satisfaction de l'intérêt général. La réalisation de la satisfaction des intérêts particuliers des usagers n'est en effet pas rédhibitoirement antinomique avec cette atteinte de l'intérêt général mais la correspondance entre les deux n'est pas nécessaire, et si effectivement divergence il y a, le second doit prévaloir sur les premiers. En conséquence doit-on récuser le terme de « bénéficiaire » en tant que générique³³²⁵. En effet, s'il peut représenter une part des usagers du service public, il ne concerne pas tous les individus qui ont affaire avec ces services et dont certains sont loin de ressentir l'accomplissement d'une prestation à leur profit : il suffit de songer au contribuable en relation directe avec l'administration fiscale alors qu'il s'agit pour lui de se délester au profit des pouvoirs publics dont elle est le guichet, ou plus proche de notre sujet, des deux catégories privées de liberté dont nous traitons dans cette étude.

Apparaît bien, pourtant, toute la difficulté de définition sur ce point. En effet, au-delà de ces cas particuliers confinant encore aux relations d'« administré captif », il est généralement admis que la notion de service public sous-entend celle de prestation fournie au public, en remplacement de l'ancienne focalisation autour de la prescription³³²⁶. On passe ainsi d'une attitude de sujétion, dépendance et docilité³³²⁷ à celle d'exigence de résultats et de revendication. Le public se sent en droit d'avoir des attentes de la part de ce « service à son service ». La distinction entre usagers directs et indirects clive encore le paysage, les premiers entrant sans intermédiaire en contact avec l'administration en vue d'obtenir une prestation. La relation s'établit alors sur la base d'un statut ou d'un contrat et est en tout cas individualisée et bilatérale. En général, le bénéfice de cette prestation appelle néanmoins une démarche volontaire de l'usager. Si la potentialité d'obtenir la prestation lui est ouverte, si même il peut être fortement incité à y recourir, le dernier pas pour y accéder concrètement devra être opéré par lui. En regard se pose l'usager indirect, qui bénéficie du service public sans que cela nécessite de nouer des liens individualisés avec l'administration. Il s'agit de l'ensemble des services publics à usage collectif, tels que l'utilisation de certains équipements (routes etc.) ou de service créés au profit de la collectivité dans son ensemble comme la Justice ou

³³¹⁹ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 43

³³²⁰ Centre d'Etudes et de Recherches de Sciences Administratives et politiques

³³²¹ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 37

³³²² *Idem* p. 38

³³²³ *Idem* p. 38

³³²⁴ Ainsi que le laisse entendre Jacques CHEVALLIER évoquant le cœur de la doctrine de l'Ecole de service public, dans J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 38

³³²⁵ Ainsi, suivant plutôt les classifications de Gilles J. GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT (*Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, pp. 677-703), nous nous éloignons de celle de Jean du BOIS de GAUDUSSON qui bâtit la sienne notamment sur la distinction assujettis/usagers et où les usagers sont définis comme des bénéficiaires du service public (cf., *L'usager du service public administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974, tome 115, pp. 14 et s.).

³³²⁶ Cette difficulté amène des auteurs comme Jean du BOIS de GAUDUSSON à évacuer cette catégorie particulière, qu'il qualifie d'assujettis de la notion d'usager qu'il peut ainsi définir de manière générique comme des bénéficiaires (cf., *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, 1974, pp. 21-23)

³³²⁷ Louis ROLLAND allait jusqu'à parler de citoyenneté théorique cachant une nature réelle de « sujet » encore au début du XIXe siècle (cf. L. ROLLAND, *Précis élémentaire de droit administratif*, Dalloz, 1947, p. 6, cité par J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 41, note 22.)

la Police, ou encore de conséquences positives pour ces bénéficiaires de second degré, issues du fonctionnement normal d'un service au profit d'usagers directs.

Comme le soulignent Gilles GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, l'usager reste un administré mais le saut qualitatif se joue sur le nouveau statut qu'apporte cette qualification à l'individu entrant en relation avec l'administration. Acteur revendicatif à part entière, il obtient juridiquement les moyens pour ce faire. Placé dans une situation légale et réglementaire que, certes, il ne négocie donc pas, il se voit octroyer des garanties le protégeant contre l'arbitraire administratif et des droits en lien direct lui offrant droit de regard et « [...] *capacité d'emprise sur le fonctionnement de l'administration* [...] »³³²⁸. Les lois de service public définies³³²⁹, l'usager est en droit d'exiger leur respect par l'administration, par le biais en dernier recours du juge administratif, de même que ces lois lui ouvrent un certain nombre de droits propres. Le droit au fonctionnement normal du service jouxte ainsi, dans cet arsenal au profit de l'individu face à l'administration, des droits plus récents et plus hésitants pour certains tels que le droit à l'information, à la transparence administrative ou encore à la participation.

Pourtant, derrière l'avènement de cette nouvelle figure de l'individu dans ses rapports avec l'administration, ce que Jacques CHEVALLIER dénomme « *l'usager-roi* »³³³⁰, se maintient une réalité d'« *usager captif* »³³³¹. Cet usager, quoique détenteur d'un nouveau statut, n'en reste pas moins pris dans les rets de l'administration : tenu de se plier, en dernier ressort, à l'intérêt général et aux règles que ce dernier induit, il doit suivre les prescriptions posées par l'administration qui en est elle-même la bouche, -car, comme le souligne le Professeur CHEVALLIER, elle seule possède « [...] *la clairvoyance et [...] la lucidité nécessaires pour dégager l'intérêt général* »³³³², n'étant pas, par ailleurs, intéressée directement par des intérêts particuliers contradictoires, au contraire des usagers. Ainsi, ne connaissant comme seule « *boussole* »³³³³ que l'intérêt général qu'elle se doit de faire primer, le cas échéant, sur la satisfaction des usagers, et étant le premier vecteur de la mise en correspondance concrète de cet intérêt général dans le fonctionnement administratif propre à son domaine de compétence, elle en vient à retrouver le double visage de prestataire prescripteur. La prestation en vient à devenir vecteur de domination. De toute évidence, le contexte de contrainte, même atténué, n'a pas complètement disparu du tableau figurant la situation de l'usager : en *sus* des dernières formes d'assujettissement contenues dans la figure du contribuable ou des personnes privées de liberté, et qui renvoient avec évidence à la notion de soumission nécessaire, des formes d'obligation plus larvées persistent, comme l'obligation de fréquentation de certains de ces services, la prestation délivrée pouvant être incontournable et le service public monopolistique dans le domaine. Plus profondément, le Professeur CHEVALLIER parle de « *dictature de l'offre* »³³³⁴ dans un contexte de « *marché captif* »³³³⁵, où l'administration placée en position de force face à un usager demandeur ou encore assujetti peut se permettre de lui dicter encore en partie ses conduites et de faire fi de ses demandes. La dépersonnalisation des relations entre l'individu demandeur et l'administration et le « *modèle administratif traditionnel* »³³³⁶ demeure une réalité latente indéfectible du service public. En d'autres lieux, Monsieur CHEVALLIER a pu parler de « *viscosité des comportements* »³³³⁷ pour évoquer cette lenteur, sinon cet hermétisme administratif aux changements, au niveau des agents et de leurs pratiques. Dans tous les cas, les termes de « *déshumanisation* » – engendrée par l'anonymat de la relation, voire la disparition des relations

³³²⁸ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 42

³³²⁹ Et ce même avant leur formulation par Louis ROLLAND. Songeons que Léon DUGUIT parlait déjà en 1928 de la loi du service (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. E. de BOCCARD, 1928, 3e éd., Tome 2, p. 71)

³³³⁰ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 44

³³³¹ *Idem* p. 44

³³³² *Idem* p. 44

³³³³ Métaphore empruntée à Jacques CHEVALLIER.

³³³⁴ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 49

³³³⁵ *Idem* p. 49

³³³⁶ *Idem* p. 49

³³³⁷ Jacques CHEVALLIER utilise en effet la métaphore lorsqu'il traite de la transparence dans J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, 4e éd. (1986), p. 446

inter-personnelles directes au profit de l'écrit, des formulaires – et de « *néantisation de l'usager* »³³³⁸ réapparaissent dans le paysage descriptif de la condition d'usager du service public administratif, rappelant dangereusement la négation de l'individu précédemment dénoncée. Ces mises en garde, toutes sérieuses qu'elles soient, doivent cependant être replacées à leur échelle, ne touchant plus qu'un pan de la condition de l'usager et non pas son intégralité comme cela était le cas pour l'administré assujéti, et à leur époque : l'administration a su tirer profit de ces remarques et faire évoluer amplement, en vingt-cinq ans, ses pratiques.

§ 2. Les enfermés, des usagers de services publics administratifs

La situation des hospitalisés sous contrainte et des prisonniers s'inscrit dans cette évolution du statut de l'usager, mais conserve des caractéristiques bien particulières qui l'empêchent, au moins temporairement, de correspondre en tous points au schéma proposé. La condition de contrainte à laquelle sont subordonnées ces deux catégories d'usagers semble clarifier la situation de ces individus enfermés dans leurs rapports avec le service public qui les prend en charge : la qualification de consommateur ou de client paraît immédiatement évacuée, le choix de l'accès ou non au service sous-tendant, au contraire, *a priori* ces deux qualités. Le caractère monopolistique de l'offre dans le cadre carcéral creuse encore le fossé entre la situation du client placé dans le cadre de l'offre concurrentielle sur un même service et la personne détenue placée sur décision unilatérale dans une structure par l'administration pénitentiaire. Le même constat peut être fait pour la personne placée en HO, le choix de l'établissement de soin étant, rappelons-le, de la compétence de l'autorité décidant de la mesure d'hospitalisation et non du patient hospitalisé. En outre, le caractère légal et réglementaire ressort avec particulièrement d'acuité dans ces situations et vient ainsi d'autant plus frontalement s'opposer au caractère contractuel du statut de client. Pourtant, dans les deux cas, l'évolution actuelle du statut efface la condition d'administré pur, d'assujéti passif, pour reconnaître à chacune de ces deux populations un statut d'usager, et même plus loin à la fois de personne à part entière et de citoyen doté de droits et de garanties, et de sujet actif, doté d'une volonté et d'une conscience. Et même, dans le cadre de cette émergence des droits reconnus à la nouvelle figure de l'usager, ressort un apport qu'on peut considérer emprunté à la figure du client : la nécessité de démarche-qualité à laquelle se plient désormais de manière de plus en plus appuyée ces deux services publics.

En-dehors de cette caractéristique commune, le cas des personnes placées sous contrainte en hôpital psychiatrique est à dissocier de celui des détenus. La dimension plus ostensiblement sociale du soin psychiatrique, l'immersion des hospitalisés sous contrainte dans les services de psychiatrie généraux^{3339 3340} et le rattachement de ces services à un service public hospitalier qui, pour sa part, rentre directement dans les dynamiques classiques du service public exposées précédemment permettent à ces personnes placées en HSC de connaître un infléchissement de leur statut plus rapide que celui des détenus. Le caractère de prestataire de service de l'hôpital psychiatrique pris en tant qu'administration accueillant des personnes hospitalisées sous contrainte est également plus évident, de prime abord, que celui du service public pénitentiaire. En effet, la contrainte définissant l'accès à ce service pour ces personnes admises contre leur gré à l'hôpital peut paraître antinomique avec la notion de prestation. Georges VEDEL, en son temps, avait opposé la prescription à la

³³³⁸ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 50

³³³⁹ Certes, ces services sont de plus en plus divisés en deux unités, l'une ouverte et la seconde fermée, réservée précisément aux personnes hospitalisées sous contrainte, mais la porosité entre les deux unités peut être importante, le parcours de soin d'un patient pouvant l'amener à être hospitalisé successivement dans les deux. Rappelons en effet la logique de libéralisation en vogue dans les méthodes de soins qui a rompu partiellement la correspondance entre la situation physique de la personne et son statut (l'exemple le plus évident étant le cas des HSC vivant dans la cité, au titre d'une sortie d'essai). Le fait que ce soient les mêmes médecins qui travaillent indifféremment dans les deux unités et que ces dernières fonctionnent véritablement dans une logique d'ensemble plus large, celle du service, autorise à utiliser ce terme d'« immersion ».

³³⁴⁰ Le cas des personnes placées en UMD ou en UPSI est ici laissé de côté, ces situations demeurant des cas exceptionnels et voués, *a priori*, à rester des parenthèses. Ils sont soumis, dans ce cadre, à un régime tout à fait symptomatique et non représentatif de la situation générale faite aux patients hospitalisés sous contrainte aujourd'hui. Etudier cette situation et rechercher si elle est justifiée en l'état de notre Etat de droit paraît une question pouvant ouvrir sur une étude autonome complémentaire à celle menée ici.

prestation³³⁴¹. Pourtant, en l'espèce, prestation et prescription vont de pair. Dès la loi du 30 juin 1838, reprise sur ce plan dans celle du 27 juin 1990, l'HDT est présentée comme une mesure médicale, imposée par nécessité sanitaire et tournée sur les besoins de la personne. C'est donc bien à une prestation de soin qu'il est fait appel par ce biais, qui prend la forme d'une contrainte, forme imposée par le contexte externe et l'état de la personne. De même, quoique de manière moins explicite, la mesure de HO s'avère également ouvrir à une prestation de soin : certes, jusqu'en 2002, seule la notion de sécurité publique – atteinte à l'ordre public, sécurités des personnes – transparait dans l'article L. 3213-1 du code de la santé publique. Néanmoins, c'est bien une prise en charge médicale qui est enclenchée par une telle mesure d'hospitalisation et qui est même recherchée. S'il ne s'était agi que d'enfermer l'individu, exercer de manière abrupte ce type de pouvoir de contraindre, l'autorité publique en charge de la sécurité et de l'ordre public en a les moyens. La démarche volontaire d'en appeler au milieu médical sous-entend nécessairement cet appel au complément sanitaire. Depuis la loi du 4 mars 2002, la notion de « *nécessité des soins* » est venue clarifier le texte de l'article L. 3213-1. Or par nature, dans les sociétés de droit et libérales telle que celle française, « soin » rime avec « prestation » tournée d'abord vers la personne malade.

Usagers, ces patients le sont réellement depuis qu'au statut d'assujetti s'est substituée une approche davantage ouverte sur le dialogue avec ces individus et la prise en compte de la valeur de leurs mots et de leurs désirs, de leur avis. L'avancée s'est faite progressivement, la révolution suite à la prise de conscience de l'après-guerre ayant mis du temps à diffuser ses effets dans tout le monde psychiatrique et surtout, peinant à être inscrite dans le droit, au niveau du jeu de pouvoirs et de prérogatives reconnus aux soignants en regard de ceux accordés aux patients. La figure de l'usager semble donc exister bien avant d'être inscrite juridiquement. Il s'agit d'une reconnaissance au bon gré des soignants adoptant une attitude d'interlocuteur face à un autre individu pensant. La loi de 1968 brisant la relation directe entre hospitalisation en psychiatrie et incapacité puis la loi de 1990 reconnaissant enfin une série de droits fondamentaux inaliénables aux personnes hospitalisées sous contrainte ancrent, à vingt-cinq ans d'écart, les piliers juridiques, au plan des droits de la personne prise individuellement, de ce nouveau regard porté sur le fou. Il est certain qu'ils restent des usagers captifs, non vraiment libres et peu mis à même de jouir de cette distance critique, de cette possibilité de prendre du recul évoquée par Jacques CHEVALLIER pour signifier la distinction entre administré et usager³³⁴². Des administrés restant tenus de se plier aux règles édictées unilatéralement par l'administration hospitalière au titre de l'intérêt général, cette ultime boussole du service public. Et c'est effectivement bien au nom de cet intérêt général que nombre de ces hospitalisés sous contrainte sont soignés contre leur gré, qu'on argue de la dangerosité potentielle ou avérée des individus ou de la nécessaire solidarité à observer face à la maladie qui aliène la conscience du malade et l'empêche de porter un jugement lucide sur son état. Mais parallèlement, ils s'avèrent des usagers amorçant la nouvelle évolution de leur statut en se voyant reconnaître cette place de citoyen, y compris administratif, en parallèle à l'aboutissement en cours, depuis vingt ans, de la reconnaissance de leurs droits en tant que personnes. Le rôle actif qu'ils prennent collectivement et, selon les cas, au plan individuel, le nécessaire lien social particulièrement crucial dans le cadre du soin, à créer entre le patient et ses soignants, pour mieux le restaurer entre le soigné et la société, empêchent de continuer à considérer ces usagers comme de purs « consommateurs de soins », clients de la psychiatrie.

Si aujourd'hui, les détenus sont également reconnus comme des usagers du service public pénitentiaire à part entière, ce statut a mis plus de temps à se dégager et à être accepté par les différentes parties, que ce soit le juge, l'administration ou les tiers que représente la population générale. De prime abord, il faut reconnaître le maintien, derrière cette évolution de situation, de la figure de l'administré, qui reste naturellement fortement présente ; le service n'a pas perdu de sa rigueur disciplinaire ni son pouvoir important sur les détenus, même si l'arbitraire a pour sa part tendance à s'atténuer. Mais sur cette base nécessaire s'est donc construit progressivement un véritable statut d'usager qui ne peut plus être contesté. Plusieurs difficultés de taille ont néanmoins ralenti cette élaboration et continuent de la rendre seulement partiellement satisfaisante. En effet,

³³⁴¹ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1954, p. 25, n°9. Mais cette mise en opposition n'était d'ailleurs que relative, l'auteur rappelant, dans la suite de sa contribution, l'interdépendance de ces deux champs d'activité de l'administration (*idem*, p. 41, n°38)

³³⁴² Cf *supra*, pp. 651 et s.

Eric PECHILLON souligne, à partir de ses analyses de la loi du 22 juin 1987 créant le service public pénitentiaire que rien, dans cette dernière, ne définit les prestations mises obligatoirement à la charge de l'administration pénitentiaire en faveur de ses usagers directs que seraient les détenus. Il démontre ainsi que le seul caractère de prestataire de ce service paraît se tourner vers les bénéficiaires indirects, juridiquement exclus de la qualification d'usagers pour obtenir celle de tiers, qu'est la population générale, dont la sécurité est garantie grâce à ce service public. La mission inscrite à l'article 1er de la loi de 1987, « [...] *participer à l'exécution des décisions et sentences pénales et au maintien de la sécurité publique* », doit en effet être distincte des simples objectifs à atteindre que seraient la réinsertion sociale des détenus et l'individualisation de la peine³³⁴³. Cette analyse tend à démontrer la hiérarchisation des priorités données à l'administration pénitentiaire dans ce texte législatif de 1987 évinçant l'intérêt porté à l'usager réel que devrait être le détenu. Or, sans délivrance de véritable prestation, « [...] *le législateur fait perdre à la notion de service public une bonne part de son intérêt* [...] »³³⁴⁴, surtout si l'on adopte la vision de Jacques CHEVALLIER, à savoir que « [l]a notion de prestation d'un service public indique que le pouvoir n'est pas un privilège mais une fonction, et qu'il n'est légitime que pour autant qu'il s'exerce au profit des usagers. »³³⁴⁵.

Dans ce cadre, la construction d'un véritable statut d'usager, composé de manière équilibrée de droits et de devoirs est difficile et, le juge, maintenant jusque dans les années 1990 de nombreux domaines de décisions sous le régime de la mesure d'ordre intérieur, n'aide pas, dans un premier temps, à cette avancée. La jurisprudence, autant judiciaire qu'administrative, met en exergue la finalité sociale extérieure de ce service public, -celle de participer à la mise en oeuvre de la politique pénale par la mise à exécution des décisions pénales et de participer ainsi au maintien de la sécurité publique-, mais omet de se prononcer sur le contenu d'obligations carcérales en faveur du détenu, réduisant « [...] *l'établissement de détention* [...] [à] *une enveloppe sans activité interne* »³³⁴⁶, une institution passive. Pourtant, la prise de conscience des conditions carcérales s'est produite par vagues successives, l'élimination d'un certain nombre de contraintes, -restrictions et interdictions ou obligations-, excessives eu égard aux droits fondamentaux reconnus à tout individu étant opérée depuis la promulgation de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, à défaut de l'édiction d'un véritable *corpus* de droits cohérent ou plus exactement complet.

Progressivement, le détenu gagne une visibilité et une identité, il voit se mettre en place des mesures individualisées autant dans la gestion quotidienne de la détention que dans la gestion de sa peine : la reconnaissance de droits individuels, - la reconnaissance de sa dignité, de son droit à la vie, de son droit au maintien des liens familiaux-, amène à poser des obligations spécifiques à l'administration pénitentiaire, sanctionnées désormais par le juge administratif en cas de non-respect. Des obligations qui se retournent donc en prestations imposées en faveur des détenus. Le contentieux de la responsabilité à l'encontre de l'administration pénitentiaire se développe fortement ; le basculement de l'état de détenu « *objet de l'action administrative* »³³⁴⁷, -c'est-à-dire « [...] *constitu[ant] la raison d'être de l'institution sans pour autant être le but exclusif de son fonctionnement* [...] »³³⁴⁸, un élément au sujet duquel « [t]outes les décisions prises par l'administration doivent tenir compte [d]es répercussions à son égard, sans qu'il soit pour autant possible d'en conclure qu'il en est le bénéficiaire direct »³³⁴⁹-, à celui de « *sujet de droits destinataire du service public* »³³⁵⁰ tient à ce frein posé par la jurisprudence administrative, et le cas échéant par celle européenne, à la toute-puissance administrative ; un frein posé à l'attitude qui

³³⁴³ La distinction est bien exposée, dès la sortie de la loi, par Pierre COUVROT dans « Quelques réflexions sur la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire », *RSC* 1987, p. 926. La loi n'innove pourtant en rien, ainsi que le souligne Eric PECHILLON, la distinction était explicite antérieurement dans les articles D. 188 et D. 189 CPP (E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 112, note 14).

³³⁴⁴ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 113

³³⁴⁵ J. CHEVALLIER, « Regards sur une évolution », dans *Le service public, unité et diversité*, *AJDA* numéro spécial, 1997, p. 13

³³⁴⁶ E. PECHILLON, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, *op. cit.*, 1998, p. 116

³³⁴⁷ *Idem* p. 273

³³⁴⁸ *Idem* p. 277

³³⁴⁹ *Idem* p. 277

³³⁵⁰ *Idem* p. 277

amène cette administration à faire de la reconnaissance de droits fondamentaux un octroi accordé après accommodement de la règle décidée au niveau de l'administration. Si cet aspect de la reconnaissance des droits fondamentaux et de l'humanisation des prisons est toujours dénoncé par certains auteurs et militants comme un alibi pour éviter au système de se réformer en profondeur, le pouvoir administratif est incontestablement mieux encadré par le juge et le droit, un certain nombre d'excès sont sanctionnés et cette attitude est moins constante : l'administration est tenue de respecter un certain nombre de droits sans en modifier la définition ni y poser des conditions. Le droit à la vie, on l'a vu, est de ceux-là, de même que le droit à la protection de l'intégrité de la personne. L'obligation de sécurité mise à sa charge au profit des détenus découle directement de cette reconnaissance au détenu du statut d'être humain à part entière, et *de facto* d'usager rentrant dans un rapport dual avec l'administration pénitentiaire.

Dans le premier système, d'usager fantôme, la reconnaissance de droits à son profit est instrumentalisée par l'administration et ne sert que de régulateur de l'action administrative et de gestion de la détention ; elle sert le fonctionnement normal du service public tel que l'entend l'administration et sa priorité sécuritaire, du maintien de l'ordre ³³⁵¹. Dans le second, les droits accordés aux individus prennent leur véritable sens et repositionnent le détenu par rapport à l'institution dans un rapport moins dévalorisant, de réciprocité, pouvant ouvrir sur un travail de reconsidération et de reconstruction de son image par l'individu et, en conséquence, de réinsertion dans la société. L'individu demeure un administré soumis à des contraintes et à une obligation de discipline particulièrement fortes par rapport aux usagers de la plupart des autres services publics administratifs, mais il n'est plus nié fondamentalement dans sa personne. Au contraire, est même encouragé un dialogue entre l'administration et le détenu, notamment au sujet de sa peine, de l'optimisation de ce temps vacant, parfois long, qui s'ouvre devant lui, en vue de préparer sa réinsertion sociale future. A travers le parcours d'exécution de peine et cette forme de contractualisation de la relation, l'usager gagne en autonomie et se rapproche de la figure la plus actuelle de l'usager, celle qui met en action à son profit les plus récentes règles de bonne gestion du service public que sont les principes de transparence, de qualité et de participation. Une évolution qui se vérifie effectivement dans l'évolution des rapports plus directement en prise avec la vie quotidienne en détention et les droits du détenu par rapport à l'institution.

La nouvelle loi du 24 novembre 2009, malgré toutes les critiques de fond dont elle est déjà l'objet, prend acte, néanmoins, de cette évolution et creuse dans le même sens. Certes, elle n'a pas l'audace de redéfinir intégralement le système pénitentiaire et sa place dans la société actuelle. Par contre, l'ancien article premier de la loi de 1987, devenu l'article 2 de ce nouveau texte, revalorise son rôle dans le travail d'insertion et réinsertion des personnes détenues, auxquelles non seulement ce service public doit désormais « *contribuer* » et non plus simplement « *favoriser* », mais qui en outre se retrouve placé sur un pied d'égalité avec « [...] *la prévention de la récidive et [...] la sécurité publique* » : la réinsertion devient l'une des missions à part entière du service public pénitentiaire³³⁵². Apparaissent enfin, dès ce même article, en plus du maintien du principe d'individualisation de la peine, auquel est adjointe la possibilité d'aménagement de cette dernière, l'obligation du respect des droits des personnes détenues au même titre que « [...] *le respect des intérêts de la société [et] du droit des victimes [...]* ». La dimension de prestataire de service du service public pénitentiaire envers ses usagers directs semble s'être définitivement installée.

Mais le second écueil auquel est confronté le service public pénitentiaire, et qui demeure avec la loi de 2009, est sa double fonction. On peut même parler de « schizophrénie » du service public pénitentiaire tant cette dualité de missions est peu compatible : il s'agit de prendre en charge à la fois des personnes encore présumées innocentes pour s'assurer de leur personne et de leur disponibilité à tout moment auprès du magistrat en charge de l'instruction et des personnes condamnées afin de leur faire exécuter leur peine. Il s'agit donc d'être un assistant du service public de la justice pénale dans le premier cas et au contraire, un acteur plus indépendant, ayant un rôle défini et une marge d'initiative, même s'il travaille en forte relation encore avec le monde judiciaire, dans le second, qui constitue également sa mission principale. Exécutant aux ordres du magistrat dans sa première fonction à l'égard des prévenus, véritable collaborateur du service public

³³⁵¹ Cf. l'explication des jeux de récompenses en première partie, titre II, chapitre 2, p. 281

³³⁵² Cf. E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, 2009, p. 474

judiciaire dans sa seconde fonction. L'attitude et les missions du service public pénitentiaire sont forcément très différentes à l'égard de ces deux catégories d'usagers, et la divergence transparaît même à travers les droits reconnus à chacune de ces catégories. Pour un auteur comme Eric PECHILLON, cette schizophrénie aurait nécessité la création de deux services publics distincts, clarifiant les relations de l'administration pénitentiaire avec chacune de ces catégories d'usagers, dotées chacune d'un statut approprié³³⁵³. De même, la séparation en deux quartiers distincts au sein des maisons d'arrêt, voire en deux établissements différents, de ces deux catégories d'usagers reste un idéal à encourager. Plus encore que l'instauration des cellules individuelles, une telle mesure permettrait de mettre en place des activités de quartiers ou d'établissements, tout en respectant l'interdiction théorique de rapports entre présumés innocents et condamnés.

Le droit communautaire, d'inspiration libérale, ainsi que les politiques d'ouverture à la concurrence des grands secteurs économiques se sont conjugués et ont encouragé l'évolution des mentalités des administrés – cette évolution ouvrant sur davantage de contestation de la part de ces usagers des services publics – pour insuffler une nouvelle évolution de la notion d'usager, se manifestant clairement dans les rapports de ces derniers avec les services publics. L'approche en termes de « client » ou de « consommateur de service public » se fait jour dès les années 1980.

Plutôt que de restreindre cette nouvelle définition de l'usager à l'épouvantail de la rupture du lien social placé au cœur de la mission de service public, ce au nom d'une lecture uniquement économique de tous les rapports entre les usagers et les services publics, on peut y lire l'avènement facilité d'une émancipation de l'usager et l'encouragement accentué vers l'amélioration de la qualité du service. L'usager est progressivement reconnu comme acteur et « *partenaire* »³³⁵⁴ de l'administration dans la gestion des services publics. De nouveaux principes, dits « *additionnels* »³³⁵⁵, viennent se greffer sur la trilogie de ROLLAND, prenant acte de cette volonté de changement. C'est ainsi que le droit à l'information et à la transparence administrative, le droit à la participation et le droit à la qualité du service sont admis de manière généralisée dans les sphères politiques comme doctrinales, en tant que compléments nécessaires et modernisateurs des lois du service public³³⁵⁶.

D'avantage des nouvelles « *règles de bonne gestion* »³³⁵⁷ que de véritables principes émergents eu égard à leur statut encore fragile juridiquement, ces lignes de conduite du fonctionnement des services publics s'inscrivent explicitement, à l'heure actuelle, dans la nouvelle conception de l'usager des services publics que définissent les pouvoirs publics. Derrière eux, c'est en effet la figure du citoyen que l'on cherche à revaloriser. C'est ainsi que le terme de citoyen a tendance à être substitué, de manière significative, à celui d'usager dans les principaux textes administratifs se fixant les lignes directrices de cette politique de modernisation des services publics³³⁵⁸ et surtout dans la loi du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration ».

³³⁵³ E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, 2009, p. 474

³³⁵⁴ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », *op. cit.*, 1985, p. 59 et p. 63

³³⁵⁵ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, p. 627

³³⁵⁶ En réalité, les textes émanant des gouvernements successifs sur les vingt dernières années, – circulaire du 23 février 1989 « relative au renouvellement du service public », circulaire du 18 mars 1992 portant « Charte des services publics », circulaire du 26 juillet 1995 « relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics », circulaire du 2 mars 2004 « relative à la charte de l'accueil des usagers » –, et posant le cadre d'une politique nationale d'ampleur de modernisation de l'administration et des services publics évoquent de nombreuses notions qu'ils érigent en nouveaux principes de fonctionnement : simplicité, accessibilité, responsabilité, rapidité, sécurité, médiation côtoient transparence, qualité et participation. Il nous a semblé pertinent, dans le cadre de l'étude à caractère synthétique menée ici, de rattacher les premières notions listées, relativement précises, aux problématiques plus larges que constituent les trois règles de bonnes gestions évoquées en second lieu. Sans compter qu'un tel foisonnement de soi-disant nouveaux principes risquerait, s'ils étaient tous reconnus individuellement comme tels, de décrédibiliser la notion même de « principe de fonctionnement du service public ».

³³⁵⁷ P.-L. FRIER repris par V. DONIER, dans « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, n°6, p. 1220

³³⁵⁸ Circulaire du 23 février 1989 « relative au renouvellement du service public », « Charte des services publics » adoptée le 18 mars 1992, circulaire « relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics » du 26 juillet 1995.

Suivant le cadre général, l'évolution décrite des statuts d'usagers du service public psychiatrique pour les HSC et du service public pénitentiaire pour les détenus ouvre donc, en tout cas dans la théorie, sur l'application des différentes règles de bonne gestion que constituent les principes de transparence, de qualité du service et de participation, ainsi que sur la reconnaissance des droits individuels et collectifs afférents. Sur ce plan, d'évidence, le monde psychiatrique est fortement entraîné par l'exigence portée sur le service public hospitalier en général. Or, la santé restant un des centres d'intérêt principaux de la population, ce service public a dû se montrer particulièrement ouvert et à la pointe au sujet de toutes ces nouvelles garanties octroyées à l'administré et à l'individu par rapport aux autres services publics administratifs. Le service public pénitentiaire demeure au contraire en retrait dans cette évolution, eu égard aux contraintes sécuritaires qui restent un de ses axes de fonctionnement.

B · LES DROITS RECONNUS A L'USAGER, MARQUES DU STATUT DE CITOYEN ADMINISTRATIF

Les trois droits sus-évoqués qui lui sont reconnus soulignent la dimension nouvelle de citoyen administratif qui se profile derrière l'usager et lui donne un statut à résonance intégratrice dans la société, responsabilise l'individu et cherche à l'intéresser davantage à la chose publique par le biais de sa place d'usager. Droit à la transparence administrative (1), droit à la qualité du service (2) et droit à la participation (3) assoient ainsi cette nouvelle définition de la citoyenneté et ce nouveau ressort donné au statut d'usager, et cela même pour les deux catégories d'individus ici étudiées. Une situation qui souligne ainsi l'ancrage de moins en moins contestable de ces catégories autrefois rejetées dans les statuts communs reconnus aux individus au sein de la société. Reste à considérer l'impact et la faisabilité de l'application de ces droits reconnus notamment dans ces sphères d'application que sont les services de psychiatrie fermés et le service public pénitentiaire.

§ 1. Le droit à la transparence administrative

Ce droit à la transparence administrative, dont l'intégration dans les moeurs administratives, de manière générale, a fait de singuliers progrès, mais fait ressortir une vraie difficulté consubstantielle à la structure autant qu'aux traditions du milieu (a) retrouve ces mêmes patinages ou oppositions dans les deux institutions étudiées, avec un véritable décalage dans l'introduction du concept dans chacune d'elle. Mais il est notable de constater que chacune s'est effectivement emparé à sa manière de ce droit pour le mettre en oeuvre en son sein (b).

◇ a) *Théorie générale*

Comme l'explique Dominique MAILLARD DESGREES DU LOU dans son étude sur les relations entre l'administration et ses usagers, le droit à la transparence administrative est composé de deux volets complémentaires : l'un intégré à la pratique administrative, dans le cadre de la mise en oeuvre des procédures, l'autre à l'initiative des usagers qui ont un droit à l'information sur le contenu du droit, des archives et fichiers mais aussi sur les modes opératoires de l'administration³³⁵⁹. La volonté d'« *accessibilité intellectuelle* » et d'« *ouverture démocratique du service public* »³³⁶⁰ peut ainsi émerger comme ligne de conduite générale, derrière le principe fédérateur de transparence qui se voit adjoindre le corollaire de simplicité du droit. C'est ainsi que l'on peut renvoyer à la décision du Conseil Constitutionnel du 16 décembre 1999 reconnaissant l'existence d'un « *objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »³³⁶¹ et relever que le Conseil d'Etat considère également comme dans ses attributions de juge de vérifier que les normes émanant du pouvoir réglementaire sont compréhensibles par leur(s)

³³⁵⁹ D. MAILLARD DESGREES DU LOU, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit public », 2000, p. 315

³³⁶⁰ V. DONIER, « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *op. cit.*, 2008, p. 14

³³⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n° 99-421 DC du 16/12/1999, « Habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes »

destinataire(s)³³⁶². C'est dans ce cadre aussi que l'on peut intégrer les politiques de simplification du droit et des procédures administratives³³⁶³, la facilitation de leur accès notamment par le biais d'Internet³³⁶⁴, la codification du droit. Dans tous les cas, le fondement idéologique de ce principe demeure inchangé : mettre fin au mystère entourant la décision administrative mais aussi aux soupçons émanant du public sur les ressources d'informations dont seraient détenteurs les pouvoirs publics, le spectre du totalitarisme étant particulièrement vigoureux dans les années 1970. Il faut pourtant le compléter par l'idée plus pacifiée que, mieux comprises, les décisions administratives seront mieux acceptées et appliquées ; on travaille par là également sur l'efficacité de la règle administrative.

C'est ainsi que trois lois successives se sont attachées à transformer l'administration en « *maison de verre* »³³⁶⁵ : que ce soit par la loi du 6 janvier 1978 « Informatique et libertés » permettant l'accès des citoyens aux fichiers informatiques administratifs détenus par l'administration et créant la CNIL, par celle du 17 juillet de la même année posant le principe du libre accès aux documents administratifs quelle que soit leur nature et créant la CADA, ou par la loi du 11 juillet 1979 « relative à la motivation des actes administratifs » obligeant l'administration à expliquer les raisons profondes, de fait comme de droit, de ses décisions, l'un des principaux vecteurs d'assise du pouvoir de l'administration sur les citoyens est ainsi battu en brèche. Comme l'analyse le Professeur CHEVALLIER, à partir du moment où le droit à l'information de l'utilisateur obtient reconnaissance légale et donc les garanties et sanctions juridiques en conséquence en faveur de l'utilisateur, il devient « *une arme contre l'administration* »³³⁶⁶. Mais en outre, il participe à cette métamorphose de l'utilisateur qui passe du statut de sujet passif, consommateur silencieux de prestations fournies par les services publics, à celui d'acteur qui peut commencer à avoir prise sur le service public.

Une fois ces premières percées dans l'univers opaque de l'administration obtenues, cette conquête du droit à la transparence s'est affermie dans la douceur dans le cadre des dernières politiques de modernisation des relations de l'administration avec ses usagers et des services publics : la levée de l'anonymat des fonctionnaires dans le cadre des correspondances administratives avec la loi du 12 avril 2000, la reconnaissance d'une possibilité, sous certaines conditions, de communication partielle de documents couverts par le secret³³⁶⁷, les accents régulièrement mis sur la transparence financière dans le cadre de la gestion des affaires publiques participent de cette prise d'acte de l'édiction d'un véritable principe de transparence en tant que « *principe[...] régissant le fonctionnement des services publics* »³³⁶⁸.

Reste une absence d'absolutisme salutaire de ce principe de transparence : au-delà des difficultés connues par l'administration et ses agents à changer leur pratique d'une véritable « *déontologie du secret* »³³⁶⁹ mais contre lesquelles luttent des organismes comme la CADA, un

³³⁶² CE, 8/7/2005, « Fédération des syndicats généraux de l'Education Nationale et de la recherche publique », req. n° 266900, Rec. Lebon, 2005, tables, p. 708 et p. 1061

³³⁶³ On pense notamment à la loi du 12 avril 2000

³³⁶⁴ Relevons à ce titre le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 qui pose l'obligation que « [...] les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat so[ie]nt tenues à la disposition du public sur un site Internet relevant du Premier ministre [et qu'elles soient] classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation. ». La sanction à tout manquement à cette disposition, applicable depuis le 1er mai 2009, est sévère puisqu'il s'agit tout simplement de l'inapplicabilité de la circulaire ou de l'instruction absente du site. Un décret n° 2009-471 du 28 avril 2009 est venu néanmoins temporiser la rigueur du précédent en retirant toutes les circulaires et instructions publiées avant le 1er mai 2009 de cette obligation contraignante, ne la faisant dès lors plus porter que pour les textes à venir.

³³⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Figures de l'utilisateur », *op. cit.*, 1985, p. 66

³³⁶⁶ *Idem* p. 65

³³⁶⁷ Article 7 de l'ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 « relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques ». La liste des textes, principalement de valeur législative, en lien avec cette organisation de la levée du secret ontologique dans le fonctionnement administratif est longue : au triptyque ci-avant exposé, on peut rajouter les lois n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, n°80-2 du 4 janvier 1980 sur l'automatisation du casier judiciaire, n°87-502 du 8 juillet 1987 abordant le problème de l'information du contribuable, le décret du 28 novembre 1983 (Cf. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, 2007, p. 445)

³³⁶⁸ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, n°6, p. 1224

³³⁶⁹ *Idem* p. 1225

camp retranché doit être conservé pour protéger un certain nombre de décisions publiques secrètes, de même que des données et informations personnelles. La revendication du droit à la vie privée se traduit également dans ce droit au secret reconnu pour chaque citoyen à l'encontre d'autrui. La raison d'Etat et la sécurité publique peuvent également justifier le silence des autorités sur un certain nombre de sujets. Le secret a ses vertus dès lors qu'il reste utilisé de manière raisonnable. Le cadre législatif posé par les lois successives permet de lui assurer cet épanouissement justifié dans des bornes bien circonscrites³³⁷⁰. Néanmoins, l'étendue actuelle « *des zones de confidentialité* » ainsi maintenues au profit de l'administration donne encore matière à des critiques acérées d'auteurs comme Jacques CHEVALLIER³³⁷¹. Et dans tous les cas, constate ce spécialiste de science administrative, cette transparence demeure en grande partie « *illusoire* »³³⁷², soumise à la fois aux réticences des agents administratifs et au manque d'intérêt des usagers auxquels elle « [...] paraît davantage octroyée que réellement désirée »³³⁷³, mais surtout constamment évincée par l'opacité naturellement générée par toute organisation et « [...] toujours renaissante [...] »³³⁷⁴, se reconstituant même à travers les procédures qui visaient précisément à la faire disparaître. La complexification du fonctionnement administratif n'est pas le moindre ennemi dans ce cadre.

◇ b) *Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire*

Toutes institutions fermées et anciennes institutions totales qu'ils soient, les services publics de la psychiatrie (1) et pénitentiaire (2) ont intégré ce nouveau principe de bonne gestion dans leurs paramètres organisationnels, mais comme cela a pu être constaté dans le cadre général, cette mise en oeuvre reste partielle, fortement lacunaire encore pour le second. Pour la première, la difficulté réside maintenant surtout dans l'effectivité de son application dans les services, ce dont le présent travail ne peut rendre compte faute d'informations à la fois précises et en nombre suffisant pour qu'il soit représentatif.

■ 1. *Dans le cadre psychiatrique*

En terme de droit à la transparence en psychiatrie, c'est l'information médicale sur laquelle on va principalement se focaliser, celle qui touche personnellement l'individu, dans son intégrité³³⁷⁵. Information de la personne sur son propre état de santé, sur les soins proposés, sur les raisons, le cas échéant, de l'emploi de la contrainte, exposé de ce qui est attendu du malade dans le cadre de la ligne thérapeutique, des termes des éventuels contrats de soins, ce sont autant de temps de discussion qui doivent être pris par les soignants, et notamment les psychiatres, afin que le patient ne se sente pas dépossédé de sa personne et de la maîtrise de sa vie. La psychiatrie doit rester un adjuvant pour l'aider à vivre mais ne pas prendre l'essor d'un directeur de conscience, le patient doit comprendre, dès qu'il est en état pour ce faire, ce qui lui arrive et pourquoi cela lui arrive. Puis, dans un second temps, il doit participer, en toute connaissance de cause et dans la mesure de ses capacités, aux décisions qui le concernent.

C'est ici toute la philosophie de la loi du 4 mars 2002³³⁷⁶ qui ressort pour s'inscrire dans le cadre plus spécifiquement psychiatrique. L'accès direct au dossier médical³³⁷⁷ vient parfaire cette

³³⁷⁰ Pour un auteur comme Virginie DONIER, le cumul du caractère non-contraignant de l'objectif de simplification administrative et de cette persistance du secret empêche de reconnaître la transparence administrative comme une nouvelle loi du service public, mais par contre, elle laisse ouverte la possibilité d'une intégration future, tenant compte des contraintes de plus en plus fortes pesant sur l'administration ; elle préfère donc parler d'une « *loi en devenir* » (V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1223). D'autres plumes, telles que Jacques MOREAU, n'hésitent pas, pour leur part, à d'ores et déjà considérer la transparence comme une nouvelle loi du service public (J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 345, n° 269).

³³⁷¹ Cf. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, 2007, p. 446.

³³⁷² *Idem* p. 446.

³³⁷³ *Idem* p. 446.

³³⁷⁴ *Idem* p. 447.

³³⁷⁵ Nous renvoyons, sur ce sujet, à nos développements concernant le droit au consentement aux soins pp. 290 et s. et aux développements concernant la sécurité juridique, *supra* pp. 616.

³³⁷⁶ Article L. 1111-7 CSP et article L. 1112-1 CSP concernant l'application de ce principe plus spécifiquement aux établissements de santé.

³³⁷⁷ Mêmes articles. Rappelons néanmoins la potentialité de restrictions offerte par la loi en psychiatrie au praticien, mais fortement encadrée : « *A titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies, dans le cadre d'une*

obligation de transparence des décisions médicales prises et sanctionner l'exigence formulée par nombre de patients de savoir, de connaître l'exactitude de leurs maux, de pouvoir leur donner un nom afin de mieux les affronter en connaissant l'adversaire comme l'explique la Présidente de la FNAPSY, Claude FINKELSTEIN³³⁷⁸. Second volet de l'information du patient, et particulièrement importante dans le cadre des hospitalisations sous contrainte, celle portant sur la situation juridique du patient et ses droits³³⁷⁹. L'article L. 3211-3 CSP fait figurer cette prérogative parmi les droits inaliénables reconnus à l'hospitalisé sous contrainte, ce qui vient en complément du droit à l'information juridique reconnu à tout patient hospitalisé depuis le décret du 14 janvier 1974³³⁸⁰ et qui organise les modalités pratiques visant à rendre ce droit effectif.

■ 2. Dans le cadre pénitentiaire

En prison, le droit à la transparence est de développement très récent. Il se manifeste en premier lieu dans le cadre des décisions administratives et de l'accès au droit : les deux lois de 1978 notamment celle du 17 juillet reconnaissant un large droit d'accès des administrés aux documents détenus par une administration et créant à cet effet la CADA, celle de 1979 sur la motivation des actes administratifs et celle du 12 avril 2000 s'appliquent théoriquement aux détenus comme à tout autre citoyen. En conséquence, non seulement l'administration pénitentiaire, et localement le chef d'établissement, doivent prendre les mesures nécessaires afin de diffuser le nouvel état du droit issu de leurs décisions au sein de la détention en particulier par des affichages et, en cas de décisions individuelles, par des notifications à l'intéressé, mais il doivent également assurer aux usagers un accès aisé à ce droit. C'est dans ce cadre que le règlement intérieur doit être disponible en plusieurs exemplaires à la bibliothèque de l'établissement. Quoiqu'on ait évoqué précédemment les opacités actuelles créées par une pratique déviante en matière de modifications des règles en vigueur au sein de l'établissement, on doit rappeler sur ce point également les efforts de la loi du 24 novembre 2009 pour imposer une certaine transparence au niveau du droit applicable dans les établissements pénitentiaires à son encontre³³⁸¹. Il est certain également que, de manière générale, l'administration pénitentiaire persiste dans sa réticence et ses difficultés à publier les textes réglementaires, circulaires et notes modifiant l'état du droit interne même au niveau national. Restera à voir, donc, sous quelles conditions cet article ambitieux sera mis en application.

D'autre part, depuis 2000, date de création des premières expériences, des points d'accès au droit (PAD) sont mis en place dans les établissements permettant une information individualisée sur des points ou des problèmes juridiques, et mettant ainsi en oeuvre en prison une aide définie par la loi du 10 juillet 1991 « relative à l'aide juridique »³³⁸². Ce dispositif très généraliste, est entériné par l'article 24 de la loi du 24 novembre 2009, qui appelle à leur généralisation³³⁸³ dans tous les établissements pénitentiaires, dans le cadre d'une reconnaissance du droit de toute personne détenue à « [...] connaître ses droits [...] »^{3384 3385}. Ce concept de point d'accès au droit a été complété par la

hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office, peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur. » (alinéa 4 de l'article L. 1111-7 CSP)

³³⁷⁸ Cf. FINKELSTEIN, « Le point de vue du patient », dans J. PALAZZOLO, *Informé le patient en psychiatrie. Rôle de chaque intervenant : entre légitimité et obligation*, Paris, Masson, coll. « Médecine et psychothérapie », 2003, pp. 77-89

³³⁷⁹ Cf. notamment l'article L. 3211-3 CSP et surtout, toute la partie consacrée à ce droit dans les DF, *infra*.

³³⁸⁰ Article 39 du décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 « relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et hôpitaux locaux »

³³⁸¹ Cf. *supra*, pp. 616 et s.

³³⁸² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 « relative à l'aide juridique », deuxième partie consacrée à « l'aide à l'accès au droit »

³³⁸³ Article 24 : « Toute personne détenue doit pouvoir connaître ses droits et bénéficier, pour ce faire, d'un dispositif de consultations juridiques gratuites mis en place dans chaque établissement. »

³³⁸⁴ Article 24 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009

³³⁸⁵ La généralité des droits concernés était ce qu'on pouvait supposer au vu des compte-rendus des débats parlementaires sur la question : l'amendement, proposé par le Gouvernement lors de la discussion du texte à l'Assemblée nationale, a été voté suite à une explication très succincte et peu explicite de la ministre de la Justice, renvoyant uniquement à « [...] un certain nombre de droits civiques ou juridiques, comme de devoirs [...] » reconnus au détenu et qu'il doit pouvoir connaître (M. ALLIOT-MARIE, *Discussion des articles : amendement n°628*, [en ligne] 2e séance du 16 septembre 2009, Assemblée nationale. Disponible sur le site de l'Assemblée

création, par le Médiateur de la République, d'un réseau de « délégués du Médiateur » intervenant en prison afin de régler les litiges ou les difficultés voire des dysfonctionnements avec des administrations, y compris celle pénitentiaire, dès lors que les questions ne concernent pas l'aménagement de la peine et les questions d'ordre judiciaire touchant directement cette dernière. Il s'agit bien d'une mission de conciliation, le délégué reste dans le domaine du règlement amiable et de la négociation, il ne peut rien imposer à l'administration qu'il sollicite avec le détenu. Par contre, en cas de refus obstiné de la part de l'organisme, il aide la personne dans la procédure plus complexe de saisine du Médiateur, qui se fait nécessairement par l'intermédiaire d'un parlementaire, et notamment dans la constitution du dossier à cet effet. L'expérience ouverte par une convention signée le 16 mars 2005 avec le Garde des Sceaux sur dix sites a été généralisée à l'ensemble des établissements pénitentiaires par une seconde convention datée du 25 janvier 2007, cette généralisation devant être achevée et effective en 2010 et d'ailleurs imposée, entre temps, par l'article 6 de la loi du 24 novembre 2009. Le succès de cette application de la loi du 3 janvier 1973 en prison est en effet avéré³³⁸⁶. Il s'agit, par toutes ces actions pérennisées, de familiariser le détenu avec le droit inhérent à la vie en société et de l'amener à exercer sa vie de citoyen y compris dans une société dont il est exclu physiquement pour un temps mais qu'il est destiné à réintégrer. Ainsi, la transparence de l'action administrative ici développée ne concerne pas forcément directement l'administration pénitentiaire, ce qui souligne l'ampleur de l'assiette du droit à cette transparence et à l'information dont est doté le détenu citoyen.

En outre, comme il se doit eu égard à la loi du 11 juillet 1979, nombre de décisions défavorables prises à l'encontre des détenus doivent être motivées en exposant les considérations de droit et de fait qui les justifient.

Ceci dit, la transparence trouve sa limite dans le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration pénitentiaire et au chef d'établissement pour un certain nombre de décisions, la motivation sécuritaire étant souvent au fondement de ce maintien de la dispense de transparence. Le statut de mesure d'ordre intérieur, particulièrement protecteur de cette opacité, soutient ces derniers champs de décisions. C'est ainsi que des décisions comme l'affectation des condamnés et les décisions de changement d'établissement, les décisions de fouille des cellules³³⁸⁷ sont opposables au détenu sans possibilité de s'y soustraire ou de la contester. Rappelons néanmoins que la catégorie des mesures d'ordre intérieur est en régression constante et que la Cour européenne ne connaît pas ce type d'acte. Elle applique donc sa propre logique à ces décisions, ce qui peut amener à renforcer, d'une autre manière, la transparence des décisions.

§ 2. Le droit à la qualité

Chacun s'accorde à reconnaître, par contre, le caractère équivoque et peu solide au plan juridique d'un éventuel droit à la qualité. La logique qu'il implique tend pourtant à l'heure actuelle à véritablement s'insuffler dans tout le secteur public, en gage de son progrès (a). Cette même logique n'a là encore pas épargné les institutions psychiatrique et pénitentiaire, la première ayant, cette fois encore mais de manière encore plus marquée que pour le droit à la transparence, fortement devancé la seconde qui commence simplement à en être saisie (b).

◇ a) *Théorie générale*

Qualifié de « *concept nébuleux* »³³⁸⁸ par Virginie DONIER, sa définition s'accommode en

Nationale (consulté le 16/7/2010)). Etant donné l'acquis que créent les expériences réussies de point d'accès au droit dans les établissements pénitentiaires, il était fort vraisemblable que ce soit ce concept qui soit donc promu en application de la loi ; hypothèse confirmée par l'article R. 57-6-22 CPP créé par le décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010

³³⁸⁶ MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, « Le Médiateur et les prisons », *Médiateur actualités, le Journal du Médiateur de la République*, septembre 2006, n°21, p. 4

³³⁸⁷ Notons qu'à ce niveau, l'absence de transparence est totale puisqu'à celle concernant la décision s'ajoute celle concernant l'effectuation de la mesure : le détenu ne peut pas être présent lors de la fouille de sa cellule, une règle d'ailleurs en contradiction avec les RPE (règle 54.8) et condamnée par le CPT (notamment COMITE EUROPEEN DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport relatif à la visite effectué en France par le Comité du 27 septembre au 9 octobre 2006, op. cit.*, 2007, p. 72, § 169)

³³⁸⁸ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1228

réalité au gré de la nature des prestations que remplit le service public concerné. Dès lors, elle demeure une « *notion pluridimensionnelle* »³³⁸⁹ difficile à cerner concrètement de manière générale pour l'ensemble des SPA. Monsieur CANNAC tente d'en définir les contours en relevant qu'il s'agit d' « [...] *une notion complexe : elle recouvre à la fois la qualité relationnelle et celle du contenu même du service. Elle doit s'apprécier tant par rapport aux attentes des individus que par rapport aux missions et aux contraintes d'intérêt général auxquelles elle répond. Sa définition n'est donc jamais mécanique, mais implique nécessairement des choix et des arbitrages.* »³³⁹⁰. Assise sur de tels sables mouvants, la notion peine à trouver une sanction juridique généralisée. Il apparaît pourtant désormais peu contestable que l'idée a émergé dans tous les secteurs de services publics³³⁹¹, mais elle se cantonne généralement à une existence juridique sans force contraignante, à l'exception de quelques secteurs tels que le service hospitalier. Comme le résume explicitement Madame DONIER, « [s]i l'objectif de qualité peut être étendu à l'ensemble des services publics, l'exigence de qualité demeure, quant à elle, ponctuelle et sectorielle »³³⁹². Lucie CLUZEL-METAYER décrit néanmoins comment la préoccupation de la qualité irradie les services publics qui se soumettent désormais aux « *démarches normées* » et aux « *démarches qualité* » issues du monde de l'entreprise privée³³⁹³ : par les premières, l'administration et les organismes gestionnaires de services publics souhaitent prouver qu'ils respectent un certain nombre de normes de qualité préalablement définies tandis que les secondes sont plutôt tournées sur l'engagement auprès de ses partenaires et de ses usagers sur des résultats. C'est donc davantage un processus d'évaluation-amélioration qui est mis en place.

Considéré comme ayant toujours existé dans le droit des services publics français par le vecteur du principe de mutabilité ou d'adaptabilité dont il serait un des moteurs³³⁹⁴, le droit à la qualité s'est en réalité immiscé dans le droit français par le biais du droit communautaire. Gilles GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT mettent en garde sur les origines économiques de ce concept qui peut risquer d'introduire insidieusement une logique de performance et de compétitivité économiques dans des domaines où cette dernière pourrait s'avérer néfaste voire contre-productive³³⁹⁵. S'il ne s'agit pas de rejeter une gestion intelligente, sans perte économiques inutiles, il reste important de ne pas se laisser piéger par une recherche de la rentabilité à outrance en oubliant la raison première de chaque service public, raison d'être qui réside au cœur de sa mission.

Mais, comme le souligne Michèle VOISSET³³⁹⁶, c'est un droit amplement plus riche en potentialités que ces premiers éléments ne le laissent penser auquel on fait allusion à l'heure actuelle en traitant de la qualité dans les services publics ou les entreprises. A cette simple obligation d'adaptation des services publics aux évolutions technologiques laissée à la seule appréciation de l'administration doit se substituer un véritable droit du citoyen d'un *optimum* de qualité sur l'ensemble du service concerné. Or là est bien toute la difficulté de définition, même service par service, de ce que l'on doit entendre derrière le terme qualité. La question, réglée relativement aisément dans les domaines économiques et les SPIC, est particulièrement épineuse dans les SPA où la quantification de l'activité ne suffit pas à assurer un service qualitativement

³³⁸⁹ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1228

³³⁹⁰ Y. CANNAC cité par G. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, p. 637

³³⁹¹ L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 52, 2006, p. 457

³³⁹² V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1228

³³⁹³ L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, *op. cit.*, 2006, p. 17. Madame CLUZEL-METAYER rassemble ainsi ces deux démarches sous le vocable de « *principe managérial de qualité* » (p. 17)

³³⁹⁴ En effet, plusieurs arrêts, aujourd'hui des références en matière de service public, s'ancrent à la base sur un changement de l'organisation ou du fonctionnement du service au nom de l'amélioration de la qualité du service décidé unilatéralement par l'administration : remplacement du gaz par l'électricité pour l'éclairage public urbain dans le cas de l'arrêt CE, 10/01/1902, « *Gaz de Deville les-Rouen* », remplacement de la traction animale par celle mécanique dans les tramways bordelais pour l'arrêt CE, 21/12/1906, « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey - Tivoli* »

³³⁹⁵ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, pp. 633-636

³³⁹⁶ M. VOISSET, « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA*, 1999, pp. 743-749

correct. Au contraire, de telles politiques risquent même de porter atteinte à cette dernière. Il s'agit donc d'élaborer dans chaque cas la savante alchimie la plus adéquate entre des questions de qualité technique, d'efficacité, de rentabilité économique, sans laisser de côté les paramètres de temps et d'humanité – notamment, certains types de prestations exigeant une réelle personnalisation de la relation – éventuellement nécessaires dans ce type de services. Il s'agit également d'arrêter qui définira ces critères, quelles autorités seront les plus qualifiées pour mener ce travail, des représentants d'usagers pouvant peut-être y être pertinemment intégrés. Pour Michèle VOISSET, l'émergence de ce nouveau droit met les pouvoirs publics français au défi d'une révolution culturelle : certes, la qualité est déjà prise en compte depuis les années 1970, et de manière réellement prégnante depuis la décennie 1990, et la politique de modernisation des services publics a engendré d'indéniables progrès dans la qualité de réponse de l'administration et des relations qu'elle entretient avec ses usagers, recherchant de toute évidence une plus grande satisfaction des citoyens comme une meilleure efficacité.

Pourtant, selon elle, aucun droit du citoyen à la qualité des services publics administratifs ne sera véritablement garanti tant qu'un changement de paradigme n'aura pas été opéré : il s'agit de tenir compte de la qualité de personne de l'utilisateur. Il s'agit également de remettre en cause intégralement le fonctionnement des services afin d'y insuffler partout la politique vertueuse de la qualité et donc la prise en compte des droits fondamentaux des individus, et non de s'arrêter à des réformes ponctuelles telles que l'amélioration de l'accueil au guichet ou la réduction du délai de réponse.

Les positions doctrinales divergent donc face à l'émergence de cette notion de qualité dans le cadre du droit des services publics. Une majorité³³⁹⁷ s'accorde encore à n'y voir qu'un « *objectif [...] destiné [...] à orienter les politiques de modernisation des services publics* »³³⁹⁸, une ligne-guide de bonne gestion de ces services publics plutôt qu'une véritable nouvelle loi de service public. Mais des auteurs comme Lucie CLUZEL-METAYER sont plus ambitieux. Considérant que le principe de mutabilité n'est pas capable de « [...] *rendre compte de la nouvelle logique qui sous-tend le principe de qualité* [...] »³³⁹⁹, elle propose d'ériger un principe de qualité en quatrième loi du service public, afin de constituer le pendant positif aux aspects négatifs pour l'utilisateur que renferme le principe de mutabilité. Elle juge en effet que l'existence d'un principe de qualité exigerait un réel engagement sur des résultats de la part des pouvoirs publics en la matière, juridiquement contraignants. Cela impliquerait que les services publics s'adaptent, certes, aux exigences des citoyens, mais également qu'ils leurs rendent des comptes et offrent ainsi un réel pouvoir de contrôle des usagers sur eux. C'est une logique de responsabilisation réelle de ces services quant à la qualité de leurs prestations tournée vers l'utilisateur qui interviendrait en regard d'un principe de mutabilité créé pour être un instrument dans les mains de la puissance publique. Monsieur CANNAC, pour sa part, intégrait les usagers dans cette responsabilisation de tous les acteurs induite par le principe de qualité³⁴⁰⁰.

◇ b) *Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire*

Tandis que le service public psychiatrique, tiré par celui hospitalier, a parfaitement intégré, et aujourd'hui dans près de toutes ses dimensions autant médicales que logistiques, une démarche qualité (1), le service public pénitentiaire commence à rentrer véritablement dans le processus, dans la perspective « reconnaissance et respect des droits des usagers ». La dimension qualitative et d'efficacité sur le plan de la sécurité, si elle était peut-être portée par un discours moins pseudo-scientifique et calibré, a en effet de tout temps sous-tendu l'action de l'institution (2).

■ 1. *Dans le cadre psychiatrique*

La recherche de qualité est une préoccupation inhérente à une pratique médicale honnête et consciencieuse, et inscrite dès lors dans le Code de déontologie médicale avant même d'être posée

³³⁹⁷ Cf. notamment V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1229 ; D. TRUCHET, « Unité et diversité des « grands principes » du service public », *AJDA*, 1997, p. 42 ; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, pp. 627-628 et p. 630

³³⁹⁸ V. DONIER, « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *op. cit.*, 2006, p. 1229

³³⁹⁹ L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, *op. cit.*, 2006, p. 498

³⁴⁰⁰ G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, *op. cit.*, 2007, p. 637

par la loi³⁴⁰¹. Elle est consacrée législativement depuis la loi du 31 juillet 1991 mais a trouvé un renforcement avec la loi du 4 mars 2002³⁴⁰². Elle prend plusieurs aspects dans le cadre hospitalier : il s'agit en effet, dans le cadre d'une activité placée dans un contexte concurrentiel, tout service public qu'il soit, à la fois de tenir compte de paramètres de qualités techniques, tournés vers l'activité et la prestation au sens strict, mais également de s'arrêter à des considérations économiques. Toutes les activités présentes dans un établissement hospitalier, depuis celles administratives (passation de marchés publics, admissions etc.) ou celles de logistique et d'hôtellerie (cuisine, blanchisserie etc.) jusqu'à celles médico-techniques, englobant, en sus des pratiques professionnelles, la qualité du matériel utilisé, le respect des normes d'hygiène, la qualité des produits -notamment des médicaments- utilisés, sont concernées par cette « démarche-qualité ».

Premier volet de cette démarche « qualité », la prise en compte des paramètres techniques. Le Code de la santé publique reconnaît au patient, depuis l'ordonnance du 24 avril 1996 « *un droit implicite à bénéficier de soins de qualité* »³⁴⁰³, inscrit aujourd'hui notamment dans le cadre des établissements de santé, à l'article L. 1112-2 CSP³⁴⁰⁴. Ce droit à la qualité a été renforcé, et plus directement invoqué par le code au profit de la personne malade, par le biais du droit aux soins appropriés, qui sous-entend la qualité du diagnostic, et « [...] *de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées.* »³⁴⁰⁵. La recherche de la qualité et de la sécurité des soins sont des thèmes et des objectifs particulièrement prégnants et développés dans le monde de la santé, les grands scandales sanitaires -sang contaminé, vache folle-, ayant contribué à sensibiliser l'opinion publique, et donc les pouvoirs publics, sur ces questions. Dès lors est instauré et rendu progressivement obligatoire tout un arsenal de normes et de procédés d'évaluation et d'accréditation des structures, des pratiques, des techniques mises en oeuvre dans le cadre de la délivrance des soins, particulièrement dans les établissements de santé. Le système joue en effet sur un panachage entre obligations et volontariat. Ainsi, depuis la loi hospitalière du 31 juillet 1991³⁴⁰⁶ est inscrite dans le code de la santé publique une obligation « *d'évaluation des pratiques professionnelles et [des] modalités d'organisation des soins* »³⁴⁰⁷, -l'objectif étant, par suite, l'amélioration de la sécurité sanitaire, de la qualité de l'accueil et des soins portés aux malades et « [...] *une régulation satisfaisante de l'offre de soins* »³⁴⁰⁸.

D'abord, la loi met en place une évaluation obligatoire pour tout établissement de santé établie par une autorité externe à l'établissement, la Haute Autorité de Santé, ce qui permet d'obtenir « [...] *une appréciation indépendante sur la qualité d'un établissement ou, le cas échéant, d'un ou plusieurs pôles, structures internes ou activités d'un établissement, à l'aide d'indicateurs, de critères et de référentiels portant sur les procédures, les bonnes pratiques cliniques et les résultats des différents services et activités de l'établissement.* »³⁴⁰⁹. L'ensemble du fonctionnement de l'établissement et de ses activités sont donc balayés. Une obligation d'implication des usagers eux-mêmes est intégrée aux indicateurs, l'évaluation de leur degré de satisfaction concernant les

³⁴⁰¹ C'est ainsi que, comme le relèvent Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU, l'article 34 du code de déontologie issu du décret du 28 juin 1979 a servi du principal fondement juridique à cette préoccupation médicale. Malgré l'inscription désormais législative de cette exigence, elle demeure inscrite dans le code de déontologie dans sa mouture issue du décret du 6 septembre 1995, à l'article 32. (A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé, op. cit.*, 2009, p. 47).

³⁴⁰² Où, par contre, elle est inscrite dès le titre même de cette loi « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ».

³⁴⁰³ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 595

³⁴⁰⁴ Alinéa 1er de l'article L. 1112-2 CSP : « La qualité de la prise en charge des patients est un objectif essentiel pour tout établissement de santé. Celui-ci doit procéder à une évaluation régulière de leur satisfaction, portant notamment sur les conditions d'accueil et de séjour. Les résultats de ces évaluations sont pris en compte dans la certification définie aux articles L. 6113-3 et L. 6113-4. »

³⁴⁰⁵ Article L. 1110-5 CSP

³⁴⁰⁶ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 « portant réforme hospitalière »

³⁴⁰⁷ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 172. Cf. les articles L. 1112-2, L. 6113-1 et 6113-2 CSP.

³⁴⁰⁸ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 172

³⁴⁰⁹ Alinéa 2 de l'article L. 6113-3 CSP

conditions d'accueil et de séjour devant être régulièrement effectuée par chaque établissement. La dernière version du manuel de certification – la troisième depuis la création de cette procédure – publiée en novembre 2008, a refondu la précédente en recentrant la démarche « [...] *sur les principaux leviers et éléments traceurs de la qualité et de la sécurité des soins dans les établissements de santé* »³⁴¹⁰. Souhaitant s'inscrire davantage dans une logique de régulation globale de la qualité et de la sécurité dans le domaine hospitalier et simplifier la certification, la HAS a resserré, dans cette nouvelle version, ses champs d'évaluation et réduit de 44 à 28 le nombre des références contrôlées et de 138 à 82 le nombre de critères les déclinant³⁴¹¹. Sont ainsi laissés à la charge des inspections et organismes spécialisés le contrôle de domaines techniques très spécialisés tels que les normes de lutte contre l'incendie ou la stérilisation, mais également renforcées, en conséquences, les relations entre les différentes structures de contrôles et de certification pouvant intervenir dans les établissements de santé. La procédure d'accréditation se focalise dès lors désormais sur trois thèmes : « *le management des établissements* », « *les droits des patients* » et « *la prise en charge du patient* »³⁴¹². Les références se retrouvent dès lors regroupées en deux chapitres, l'un portant sur le management et le second sur la prise en charge du patient.

Trois critères du nouveau manuel concernent proprement les soins contraignants en psychiatrie : un critère 10.e, institué dans le cadre de la référence 10 « *La bientraitance et les droits* », vise particulièrement la « *Gestion des mesures de restriction de liberté* ». Dans ce cadre, une qualité des soins dynamique exige, en premier lieu, une identification des « [...] *situations nécessitant une restriction de liberté, en particulier de la liberté d'aller et venir (isolement et contentation mais aussi limitation de contacts, des visites, retrait des effets personnels, etc.)* », qu'une concertation « [...] *intégrant la réflexion bénéfice-risque et la recherche du consentement du patient* » soit organisée au sein de l'équipe soignante, que ces restrictions « [...] *f[assent] l'objet d'une prescription médicale écrite, réévaluée à périodicité définie* » et enfin, dans le cadre d'un retour enrichissant sur les pratiques de l'équipes, que « [...] *le respect des bonnes pratiques en matière de restriction de liberté [soit] évalué à périodicité définie, en lien avec les structures concernées (espace de réflexion éthique ou équivalent, CRU, CME, CSIRMT, etc.)* » et que des actions d'amélioration soient mises en place³⁴¹³. Par ailleurs, les critères 19.c et 19.d, inscrits dans le référentiel portant sur « *les prises en charge particulières* », traitent pour le premier du « *risque suicidaire* », en spécifiant bien que son champ d'application, en tant que critère d'évaluation, se restreint « [...] *uniquement aux établissements de santé mentale et à la prise en charge des patients présentant des troubles de l'humeur ou des troubles du comportement dans les autres établissements de santé* »³⁴¹⁴, et le second de l'hospitalisation sous contrainte. Là encore, le critère ne s'applique que dans les « [...] *établissements de santé agréés pour recevoir des patients en hospitalisation sous contrainte (établissements publics et ceux liés par convention)* [...] »³⁴¹⁵. Pour le critère 19.c, il s'agit en premier lieu d'identifier ces patients à risque suicidaire, puis, en deuxième lieu, d'« [...] *assurer la coordination des différents professionnels autour de la prise en charge de ces patients* » et de former les professionnels dans cette optique et en troisième lieu d'évaluer régulièrement le dispositif et de l'ajuster en fonction ainsi que de mettre en place un travail en réseau pour assurer le suivi du patient par les différents acteurs de la prise en charge³⁴¹⁶. Quant au critère 19.d, l'évaluation en vue de l'accréditation porte sur l'information du patient à propos de sa situation juridique et sur les modalités de recours qui lui sont offertes ainsi que sur la mise en oeuvre des procédures d'hospitalisation sous contrainte, sur leur définition préalable, mais aussi sur

³⁴¹⁰ HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'AMELIORATION DE LA QUALITE ET DE LA SECURITE DES SOINS, *Manuel de certification des établissements de santé V2010*, [en ligne], novembre 2008, p. 4. Disponible via le portail de la Société française de chirurgie orthopédique et traumatologique (SOFOT).

³⁴¹¹ *Idem*, pp. 18-72 mis en regard avec HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'ACCREDITATION, *Manuel de certification des établissements de santé et guide de cotation*, éd. 2007, pp. 16-162

³⁴¹² Cf. la déclinaison des sous-thématiques à l'intérieur de chacun de ces pôles d'intérêt dans HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'AMELIORATION DE LA QUALITE ET DE LA SECURITE DES SOINS, *Manuel de certification des établissements de santé V2010*, op. cit., 2008, p. 7

³⁴¹³ HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'AMELIORATION DE LA QUALITE ET DE LA SECURITE DES SOINS, *Manuel de certification des établissements de santé V2010*, op. cit., 2008, p. 47

³⁴¹⁴ *Idem* p. 58

³⁴¹⁵ *Idem* p. 59

³⁴¹⁶ *Idem* p. 58

la connaissance et la formation des professionnels à ces modalités d'hospitalisation. Il s'agit enfin, là encore, d'évaluer ces modalités d'hospitalisation et, éventuellement de travailler à leur amélioration³⁴¹⁷.

Apparaît nettement, dans la manière dont s'effectue la procédure d'accréditation, la volonté d'implication réelle de l'établissement dans la démarche. Ainsi, bien qu'obligatoire, elle est engagée à son initiative³⁴¹⁸, et reconduite régulièrement sur le même principe, l'objectif étant d'obtenir une véritable dynamique d'amélioration de la qualité des soins. En outre, la procédure elle-même débute par une auto-évaluation par l'établissement, préalable à la visite de certification menée par des experts indépendants. Enfin, cette procédure ne veut pas prendre un caractère de sanction. Elle aboutit sur un rapport et non sur de quelconques décisions administratives. De toute évidence, comme le soulignent Marc DUPONT, Claudine BERGOIGNAN-ESPER et Christian PAIRE³⁴¹⁹, les résultats de ce rapport ne peuvent rester sans incidence sur l'attitude de l'autorité de tutelle³⁴²⁰ ni sur celle des usagers à l'égard de l'établissement en cause, -les résultats de cette évaluation étant diffusés notamment sur Internet-, mais ce processus de censure ou de plébiscite reste indirect.

En outre, s'ajoute à ce premier *corpus* d'évaluation une possibilité d'accréditation de la pratique médicale de chaque praticien ou équipe médicale³⁴²¹. Existant depuis la loi du 13 août 2004, dans un but de prévention et de réduction des risques liés aux actes médicaux, cette accréditation, non obligatoire à l'époque, semble aujourd'hui pouvoir être mise en relation avec le nouveau dispositif, obligatoire dans toutes ses composantes pour sa part, posé par la loi du 21 juillet 2009 « HPST », de « *développement professionnel continu* »³⁴²², dans lequel l'obligation de formation continue imposée à ces praticiens est directement associée aux obligations d'« *évaluations des pratiques professionnelles* » (EPP) créées par la loi du 13 août 2004.

Ainsi, dans l'accréditation, il s'agit bien de s'arrêter aux méthodes d'un praticien ou d'un « *groupe de praticiens* »³⁴²³ d'une même spécialité pris individuellement, et non plus de s'inscrire au niveau de l'établissement pris globalement. Sa durée de validité, réduite à quatre ans et imposant donc une réévaluation régulière pour maintenir cette accréditation, ainsi que sa mise en rapport avec le dispositif de formation continue imposée aux médecins, rend évident l'objectif dynamique d'amélioration des pratiques et donc de la qualité des soins délivrés³⁴²⁴, sans compter l'aiguillon supplémentaire posé par le caractère public des résultats obtenus au terme de la procédure.

Par ailleurs, et sur un mode moins contraignant pour les établissements et les soignants hospitaliers, les autorités de santé successives chargées de promouvoir et de contrôler la qualité des

³⁴¹⁷ HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'AMELIORATION DE LA QUALITE ET DE LA SECURITE DES SOINS, *Manuel de certification des établissements de santé V2010*, op. cit., 2008, p. 59

³⁴¹⁸ Un délai de cinq ans ayant été défini à l'origine par l'ordonnance du 24 avril 1996 pour marier souplesse à contrainte et laisser, dans ce laps de temps, les établissements décider du moment où ils engageraient la procédure dite alors d'accréditation et aujourd'hui renommée de certification. Le principe était qu'au terme de ce délai, tous les établissements qui ne s'étaient pas décidés eux-mêmes à lancer cette procédure pouvaient voir l'agence régionale d'hospitalisation se substituer à eux pour prendre la décision. Ce délai qui devait arriver à échéance au 25 avril 2001, avait même été repoussé jusqu'en 2006 par la Ministère de la Santé au vu des retards pris dans la réalisation de l'objectif global sous-tendu par ce projet, l'objectif de certification généralisée de tous les établissements de santé au terme de ce délai.

³⁴¹⁹ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, op. cit., 2009, p. 184

³⁴²⁰ Les experts-évaluateurs doivent néanmoins porter à la connaissance des autorités compétentes « [...] *les faits ou manquements mettant en danger la sécurité des patients* [...] » (A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2009, pp. 51-52).

³⁴²¹ Article L. 4135-1 CSP

³⁴²² Cf. articles L. 4133-1 et s. CSP

³⁴²³ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, op. cit., 2009, p. 187

³⁴²⁴ Comme le notent Marc DUPONT, Claudine BERGOIGNAN-ESPER et Christian PAIRE, « [c]e « *développement professionnel continu* » s'impose pour des raisons de sécurité et de qualité des soins, qui tiennent à l'évolution accélérée des connaissances, des technologies et des pratiques : il est en effet indispensable que les médecins puissent tout au long de leur vie professionnelle délivrer des soins conformes aux données nouvellement acquises de la science [...]; et la déontologie médicale prévoit que « tout médecin doit entretenir et perfectionner ses connaissances (et) prendre toute [sic] dispositions nécessaires pour participer à des actions de formation continue » (art. R. 4127-11 C. santé publ.). » (M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, op. cit., 2009, p. 86).

soins (ANDEM, ANAES et aujourd'hui HAS) ont établi « des références professionnelles » visant d'une part, par le biais des « *références médicales opposables* » (RMO)³⁴²⁵ à « [...] identifier les soins et des prescriptions «*médicalement inutiles ou dangereux* » »³⁴²⁶ et d'autre part, en pendant, des « recommandations de bonne pratique » visant à promouvoir la qualité des soins délivrés. Ce travail reste d'actualité³⁴²⁷, les guides de bonnes pratiques et de bon usage des soins continuant d'être établis et réactualisés par la HAS. C'est dans ce cadre que s'inscrit, en psychiatrie, le protocole défini par l'ANAES en 1998 et toujours valable de mise en chambre d'isolement.

A côté de cet encadrement des pratiques médicales, l'imposant et exponentiel jeu de normes de sécurité participe à sa façon à la garantie de qualité de la prestation hospitalière. Il s'agit ainsi de mettre en exergue toutes les normes réglementaires concernant l'hygiène, la sécurité des locaux et du matériel, règles parmi lesquelles on retrouve pêle-mêle les normes incendies, celles issues de la réglementation des établissements recevant du public (ERP) et celles, plus spécifiques au domaine de la santé, concernant « *les vigilances* »³⁴²⁸.

Par ailleurs, une attention toute particulière est portée, depuis l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 à la prise en charge des usagers par le service public hospitalier. La première commission, dite « de conciliation », instituée par cette ordonnance était tournée sur l'aide aux personnes « *s'estim[ant] victimes d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement* »³⁴²⁹. La loi du 4 mars 2002, en substituant une « commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge » à cette commission de conciliation, a redirigé son action davantage sur le respect des droits des usagers dans le fonctionnement quotidien des services et sur « [...] *l'amélioration de la qualité de l'accueil des personnes malades et de leurs proches, et celle de leur prise en charge* »³⁴³⁰, le volet contestation-médiation étant conservé, et même complété avec le décret du 2 mars 2005³⁴³¹ venu préciser les conditions de fonctionnement de cette commission.

Le second volet de la démarche qualité dans laquelle s'est engagé le service public hospitalier s'illustre, au travers de sa mise en œuvre, par une recherche, au-delà de la performance sur le plan des soins, de la rentabilité économique, malgré la forte dominante sociale du secteur ; le service public se doit en effet d'appliquer le principe d'égalité sous-forme d'accueil inconditionnel et d'offre de soins dans tous les domaines là où le secteur privé travaillant dans le même domaine peut définir ses champs d'actions et poser une politique tarifaire rentable. Il s'agit donc pour le service public de travailler à l'optimisation de l'adéquation entre moyens mis en œuvre, offre de soins et demandes. Cela sous-entend des diagnostics efficaces et le choix, en aval, de procédés thérapeutiques conciliant limitation du coût de l'acte avec l'efficacité et le bien-être du patient. L'éradication de tous les vecteurs de « non-qualité » dans les soins, qui peuvent prendre la forme de

³⁴²⁵ Cf. sur ce sujet, M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, pp. 184-186

³⁴²⁶ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé, op. cit.*, 2009, p. 49)

³⁴²⁷ La mission est même inscrite parmi celle dévolues à la HAS par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004. Cf. article L. 161-37 CSS)

³⁴²⁸ Le terme a pris une acception technique dans le domaine médicale, tout en gardant sa définition de fond. On parle ainsi de « pharmacovigilance » et de « matériovigilance », - pour ne citer que celles qui concernent directement la psychiatrie -, à propos de l'attitude de veille active et préventive à constamment garder concernant les médicaments pour la première, le matériel pour la seconde. Ainsi, pour illustration, il s'agit, dans le cadre de la pharmacovigilance, de prévenir les risques, notamment, de iatrogénie (« [...] *ensemble des effets indésirables directement liés à des effets pharmacologiques.* » (M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 354)) et dans celui de la « matériovigilance » d'« [...] *exercer la surveillance des incidents ou des risques d'incidents résultant de l'utilisation de ces dispositifs tels qu'ils sont définis par la loi après leur mise sur le marché.* » (M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier, op. cit.*, 2009, p. 357).

³⁴²⁹ Ancien alinéa 2 de l'article L. 1112-3 CSP. Il s'agissait « [...] *de [les] assister, de [les] orienter [...] et de [leur] indiquer les voies de conciliation et de recours dont elle[s] dispos[ai]e[nt].* »

³⁴³⁰ Alinéa 2 de l'article L. 1112-3 CSP issu de la loi du 4 mars 2002

³⁴³¹ Décret n° 2005-213 du 2 mars 2005 « relatif à la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge et modifiant le code de la santé publique (partie réglementaire) »

mesures non-pertinentes, de soins inadaptés, d'erreurs ou d'accidents est promue, la « non-qualité » étant considérée comme un gouffre financier, et la lutte à son encontre générant en retour, des économies importantes. Des mesures telles que le remplacement d'une mesure d'hospitalisation à temps complet par un suivi ambulatoire à domicile, suffisant dans bien des cas au suivi correct de la personne malade, peuvent participer, par exemple, à cette responsabilisation économique mariée à une qualité du soin. La psychiatrie s'est ainsi trouvée à la pointe dans ce type d'économies qui correspondait précisément à la révolution impulsée dès les années 1960. Mais en retour, on a déjà souligné le caractère néfaste de l'excès inverse, amenant à sous-évaluer les besoins réels des hôpitaux en nombre de lits et touchant dès lors à la qualité des soins. Cette évaluation économique et cette recherche d'adéquation optimale entre limitation des dépenses de soins et qualité de la prestation demeurent un pilier de la politique sanitaire, quel que soit le changement de paradigme dans les logiques d'attribution des allocations de ressources aux établissements participant au service public hospitalier – tarification à l'acte progressivement mise en place depuis la réforme de 2004 – et est même un des arguments présidant à la réorganisation récente, par la loi du 21 juillet 2009 « HPST », du service public hospitalier.

Des politiques ouvrant sur des droits du malade tels que la continuité des soins participe très directement et concrètement à une qualité bien comprise du soin tournée vers l'individu. De manière plus idéologique, Michèle VOISSET définit – et justifie en conséquence – l'application du principe de qualité dans les services publics « *régaliens et sociaux* »³⁴³², par l'éradication des « *zones de non-droit* » qu'il doit permettre dans ces services qui, selon elle, en regorgent, l'usager y étant encore trop considéré comme un administré captif. En ouvrant ces services aux droits fondamentaux, ce principe donne à leurs usagers accès aux droits du citoyen. Des services réputés pour brimer les droits de leurs usagers tels que ceux psychiatrique ou pénitentiaire paraissent directement visés par cette analyse du Professeur VOISSET.

■ 2. Dans le cadre pénitentiaire

Le monde pénitentiaire, pour sa part, marque dans son mode de fonctionnement un retard net par rapport au monde hospitalier sur le plan de l'intégration d'une « démarche qualité » au sens strict – c'est-à-dire bâtie sur un jeu de normes permettant de décerner des certifications et des labels de qualité officiels. La vétusté des établissements qui doivent néanmoins rester opérationnels étant donné le nombre de détenus à prendre en charge, la surpopulation carcérale, la difficulté à intégrer des changements de comportement auprès des personnels et au sein d'une administration focalisée univoquement sur la sécurité pendant de longs siècles, ont nécessairement freiné l'entrée d'une telle logique obligeant à remettre les pratiques en cause et à mobiliser d'importants moyens financiers, mais aussi matériels et humains.

La prison n'est pas restée pour autant en marge d'une forme de démarche qualité, moins affichée, mais insérée dans le processus d'évolution et d'ouverture de cet univers au monde extérieur. Il faut relever, pour commencer, la présence d'exigences de qualité des prestations dans le code de procédure pénale. Ainsi, dans le cadre de l'hygiène et de l'aménagement des locaux, l'article D. 349 exige de manière générale que « [l']incarcération [soit] *subie dans des conditions satisfaisantes d'hygiène et de salubrité, tant en ce qui concerne l'aménagement et l'entretien des bâtiments, le fonctionnement des services économiques et l'organisation du travail, que l'application des règles de propreté individuelle et la pratique des exercices physiques* » tandis que les articles D. 350 à D. 356 détaillent les différents points de l'organisation de la vie quotidienne : à titre d'exemples, les articles D. 350 et D. 351 indiquent les exigences minimales de conformation des locaux de détention afin qu'ils constituent un cadre de vie acceptable ; de même, et ce depuis le décret du 20 septembre 1972, l'article D. 354 CPP impose « [...] *une alimentation variée, bien préparée et présentée, et répondant tant en ce qui concerne la qualité et la quantité aux règles de la diététique et de l'hygiène [...]* [et correspondant aux besoins des détenus] *compte tenu de leur âge, de leur état de santé, de la nature de leur travail et, dans toute la mesure du possible, de leurs convictions philosophiques et religieuses* ».

La faille concernait la mise en application de ces exigences, une carence tendant à se

³⁴³² M. VOISSET, « La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *op. cit.* 1999, p. 746

résorber dès lors que l'entreprise, tenue par une obligation de satisfaction, au moins de l'ordre de l'obligation de moyen, à l'égard de son maître d'ouvrage dans sa logique concurrentielle, prend la prestation en charge, mais une carence qui tend également à se résorber dans les établissements dont la gestion n'est pas déléguée, l'administration pénitentiaire apprenant au fil des ans à améliorer ses prestations et à se plier aux nouvelles politiques managériales insistant sur la qualité du service. La Cour des comptes explique d'ailleurs largement cette évolution vertueuse par le modèle donné par le secteur privé, dont la « [...] *coopération avec les gestionnaires publics a été progressivement source d'enrichissement et de stimulation.* »³⁴³³. Ainsi estime-t-elle que « [...] *la diffusion de certaines méthodes au sein des établissements à gestion publique, [par exemple] [...] la prise de conscience par l'administration pénitentiaire de l'importance de la maintenance préventive [...] [a pour origine] l'exemple du secteur privé. De même, les méthodes de gestion mixte ont été diffusées en matière de restauration collective : elles ont contribué à la généralisation des expertises indépendantes régulières et au recours aux services de diététiciennes pour l'établissement des grilles de menus.* »³⁴³⁴.

Il faut noter également, qu'en matière de sécurité, un certain nombre de règles et protocoles, proches voire similaires aux protocoles décrivant, par exemple, la réalisation qualitativement satisfaisante d'un acte en psychiatrie ont été adoptés, en particulier par le biais de circulaires, par l'administration pénitentiaire. La circulaire EZRATY du 14 mars 1986 « relative à la fouille des détenus » en est un exemple emblématique. La qualité se définit dans ce cadre surtout sur des critères d'efficacité eu égard à la mission sécuritaire de l'administration pénitentiaire.

Quant à l'établissement en lui-même, il est soumis, pour les règles de sécurité contre les risques d'incendie à des normes spécifiques aux établissements pénitentiaires³⁴³⁵, fixées par arrêté interministériel³⁴³⁶, qui ne s'appliquent néanmoins³⁴³⁷ qu'aux établissements construits à partir de juillet 2006 ou aux parties d'établissements anciens ayant fait l'objet de travaux de réhabilitation, agrandissement, aménagement, remplacement d'installation³⁴³⁸. Pour les établissements construits antérieurement à 2006, ces normes et les recommandations de la sous-commission départementale pour la sécurité³⁴³⁹ peuvent servir de guide non-obligatoire, sachant notamment que les secondes ne lient pas le Ministre de la Justice. La législation des établissements recevant du public ne s'applique, quant à elle, que dans les lieux situés hors de l'enceinte pénitentiaire et dans les parloirs pour les établissements construits après 2006. Par ailleurs, conséquence de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », l'article R. 111-19-5 du code de la construction et de l'habitation prévoit la rédaction d'un arrêté interministériel fixant les règles d'accessibilité des établissements pénitentiaires aux personnes handicapées³⁴⁴⁰, qui n'est toujours pas pris à ce jour. L'administration pénitentiaire est donc appelée, à terme, à intégrer ces normes relatives à la législation sur les handicapés – quelques cellules spécialement aménagées pour accueillir des détenus handicapés ont

³⁴³³ COUR DES COMPTES, Garde et réinsertion-La gestion des prisons. Rapport public thématique, La Documentation française, 2006, p. 152

³⁴³⁴ *Idem* p. 152

³⁴³⁵ Comme le précise l'article R. 123-17 du Code de la construction et de l'habitation

³⁴³⁶ Arrêté interministériel INTE0600604 A du 18 juillet 2006 « portant approbation des règles de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements pénitentiaires et fixant les modalités de leur contrôle »

³⁴³⁷ Excepté pour les « [...] *dispositions à caractère administratif* [...] » et les règles concernant les contrôles et les vérifications techniques et l'entretien

³⁴³⁸ Article 2 de l'arrêté interministériel INTE0600604 A du 18 juillet 2006, préc.

³⁴³⁹ Son titre complet est « Sous-commission départementale pour la sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public et les immeubles de grande hauteur ». Cette sous-commission, subdivision de la « commission consultative départementale de sécurité et d'accessibilité », instituée par le décret n°95-260 du 8 mars 1995 « relatif à la commission consultative départementale de sécurité et d'accessibilité », est l'organe de contrôle du respect des normes de sécurité incendie qui doit visiter tous les établissements périodiquement et émettre un avis transmis au préfet au vu duquel ce dernier peut éventuellement décider la fermeture totale ou partielle d'un établissement. Elle ne possède donc pas de pouvoir contraignant.

³⁴⁴⁰ Sachant que de nombreux problèmes liés à l'inadaptation de ces établissements à ce type d'usagers sont dénoncés, l'administration pénitentiaire ayant déjà été condamnée par la justice européenne (cf. arrêt Cour EDH, 24/10/2006, « *VINCENT c/ France* », préc.) à ce propos.

d'ailleurs déjà été intégrées dans les projets architecturaux de plusieurs nouveaux établissements³⁴⁴¹, d'autres sont déjà en état de fonctionnement³⁴⁴² –, mais fait preuve d'une lenteur qui peut interroger sur ce point.

Ceci dit, le processus d'externalisation marque une deuxième étape dans cette amélioration de la qualité des prestations à l'égard du détenu. Il commence avec la mise en place de l'externalisation d'un certain nombre d'activités à la fin des années 1980. Avec l'instauration de la gestion déléguée, la gestion des prestations d'hôtellerie et restauration, de travail et de formation ainsi que, pour les premiers contrats de marché public, de santé, est confiée à des entreprises privées. Des entreprises amplement plus familiarisées que l'administration avec ce type de démarche, intégrée à leur logique managériale, et qui dès lors les font entrer en prison. Il s'agit pour elles d'être efficaces, rentables voire bénéficiaires, mais aussi de satisfaire dans leur(s) mission(s), au risque de voir leur contrat rompu en cas de défaillance par rapport au cahier des charges, ou leur candidature rejetée lors du prochain appel d'offres pour la campagne de marchés publics suivante. Elles sont en effet tenues par des cahiers des charges arrêtés par l'administration pénitentiaire, et leur contrat est temporaire, généralement sur dix ans. Autant de conditions obligeant à maintenir une réelle qualité dans les prestations offertes. Les certifications de procédures ou de locaux vont rentrer par ce biais en prison³⁴⁴³.

Autre vecteur, encore, d'élévation de la qualité des prestations : l'externalisation du domaine au profit de l'administration spécialiste qui l'a en charge dans la société civile. C'est ainsi que la santé passe, au grand bénéfice des détenus, sous la tutelle du ministère du même nom, que la prise en charge de l'enseignement est déléguée à des enseignants mis à disposition par le ministère de l'Education Nationale, que des conventions sont signées avec le Ministère de la Culture concernant ce troisième volet d'activités. Face à ce succès, la loi du 24 novembre 2009 accentue la volonté de désenclavement de la prison : son article 3 ouvre la participation de la prise en charge de l'exécution de la peine aux « [...] autres services de l'Etat, [aux] collectivités territoriales, [aux] associations et [à] d'autres personnes publiques et privées ». Derrière « [...] cette recherche de partenariat conventionnel [...] »³⁴⁴⁴, comme la qualifie déjà Eric PECHILLON, on peut en effet voir, au-delà de la seule volonté d'alléger les charges financières pesant sur l'administration pénitentiaire et de « *partage[r] [l]es responsabilités* »³⁴⁴⁵, la volonté de s'adresser à des spécialistes par domaine afin d'offrir aux détenus un panel de prestations qualitativement satisfaisantes.

La troisième étape concerne directement l'administration pénitentiaire, entrant de plain-pied dans les logiques managériales de qualité. Il ne s'agit plus de demi-mesures reposant sur la qualité que sont capables de fournir ses partenaires dans leurs domaines propres, mais bien de se plier elle-même et de soumettre ses établissements pénitentiaires à des démarches qualité et des labellisations officielles. Cette troisième étape renferme deux révolutions puisqu'à cette première s'ajoute le renversement d'optique sur lequel va s'appuyer cette démarche qualité : au-delà de la seule sécurité, c'est sur le respect des droits fondamentaux du détenu que va reposer le label, prenant pour référence les règles pénitentiaires européennes. Ainsi a été établi un référentiel, devenu « [...] la

³⁴⁴¹ Le principe adopté dans le cadre du plan de construction lancé par la loi du 9 septembre 2002 étant l'aménagement d'une cellule pour personne handicapée pour chaque tranche de construction de 150 cellules, ce qui doit amener, après calcul, à la création de 88 cellules aménagées de la sorte à la fin de ce plan de construction (cf. [en ligne], site du ministère de la justice, <http://www.justice.gouv.fr/actualite-du-ministere-10030/mesures-en-faveur-des-personnes-handicapees-13759.html>, consulté le 28 juillet 2010)

³⁴⁴² C'est le cas dans un établissement comme la maison d'arrêt de Fresnes, où des travaux d'aménagement ont permis l'installation de plusieurs cellules permettant l'accueil de détenus se déplaçant en fauteuil roulant, ou à l'établissement de Meaux-Chaconin, ouvert en 2004.

³⁴⁴³ C'est ainsi par exemple, qu'outre la certification ISO délivrées pour certaines cuisines, les normes HACCP, imposées dans les établissements de restauration à caractère social, sont respectées également en prison. Ces normes permettent de garantir le respect de l'application en prison de l'arrêté du 29 septembre 1997 « fixant les conditions d'hygiène applicables dans les établissements de restauration collective à caractère social ». Garantir l'hygiène et la sécurité alimentaire devient une obligation de résultat.

³⁴⁴⁴ E. PECHILLON, « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *op. cit.*, 2009, p. 476

³⁴⁴⁵ *Idem* p. 476

règle en matière de pratiques professionnelles [...]»³⁴⁴⁶ à partir de 2008 et contenant « [...] de[s] principes et [...] pratiques qui répondent aux orientations posées par les règles pénitentiaires européennes couvrant le champ d'intervention des professionnels : sécurité, conditions de vie, accompagnement et suivi des détenus, management »³⁴⁴⁷. Il s'appuie en réalité sur la pratique de terrain, « collect[ant], les bonnes pratiques professionnelles nées spontanément « sur le terrain » au bénéfice du détenu et de l'ensemble de la détention [et] les méthodes d'organisation en vigueur dans les établissements qui méritent d'être valorisées et diffusées à l'ensemble des personnels, correspondant à l'esprit et à l'ambition des règles pénitentiaires européennes.»³⁴⁴⁸. Il reprend la présentation du manuel d'accréditation utilisé par exemple dans le domaine hospitalier : constitué de « [...] tableau [sic] ou de fiches techniques détaillées [...] »³⁴⁴⁹, il indique pour chaque règle pénitentiaire européenne « [...] les obligations et les principes de fonctionnement : à la fois les règles incontournables qui doivent être concrètement mises en oeuvre mais aussi les marges d'amélioration possible [ainsi que] [...] les moyens de contrôle permettant à un organisme externe de vérifier que la règle est bien appliquée. »³⁴⁵⁰. Un label qualité, décerné par l'AFNOR aux établissements qui en font la demande, certifie que les normes posées par ce référentiel sont effectivement respectées. En outre, pour assurer la diffusion de ces bonnes pratiques, l'administration pénitentiaire a créé une collection de « guides de pratiques de références opérationnelles »³⁴⁵¹ à l'attention de ses agents, qui reprennent les procédures et bonnes pratiques à suivre sur un poste de travail ciblé, pour remplir une mission précise. Cette nouvelle dimension donnée à la notion de qualité appliquée aux établissements pénitentiaires rejoint ainsi la « révolution culturelle » discernée par Michèle VOISSET dans l'application de ce principe aux « [...] services régaliens et sociaux »³⁴⁵². Par contre, et révérence faite à l'importante évolution vertueuse effectuée par l'administration pénitentiaire, elle ne semble pas avoir atteint le niveau requis dans le monde hospitalier, où le processus d'accréditation, aujourd'hui bien rodé et réajusté aux priorités actuelles dans le domaine, est en outre une obligation pour les établissements. Mais rien n'indique que l'administration pénitentiaire compte s'arrêter en si bon chemin.

De toute évidence, des organismes de contrôle tels que le contrôleur général des lieux privatifs de liberté, participent directement, également, à la recherche de qualité dans le fonctionnement de ces services publics par leurs rapports relevant les aspects positifs et négatifs des conditions de vie dans les lieux qu'ils visitent et proposant des recommandations afin d'améliorer les situations constatées.

§ 3. Le principe de participation

Le principe de participation a toujours été d'une application plus délicate au sein d'une administration par nature et tradition tournée sur le seul intérêt général et autocratique (a). Il ne peut l'être que davantage dans des institutions fermées. Pourtant, marque de sa véritable ouverture et de l'éclatement définitif du paradigme de l'institution totale et, en conséquence du paradigme totalitaire en ce qui le concerne, il trouve une traduction particulièrement affirmée dans le milieu psychiatrique au point d'atteindre une figure de modèle pour d'autres domaines à la base sans passé d'institution totale ni totalitaire. Quant à l'institution pénitentiaire, contrairement aux préjugés a priori évidents, elle parvient à sa manière à en introduire certaines dimensions en son sein (b).

³⁴⁴⁶ DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PÉNITENTIAIRE, *Les règles pénitentiaires européennes, une charte d'action pour l'AP*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 2007, p. 10. Disponible sur le site de l'ANVP, consulté le 24/3/2010.

³⁴⁴⁷ *Idem*, p. 8

³⁴⁴⁸ *Idem*, p. 8

³⁴⁴⁹ *Idem*, p. 9

³⁴⁵⁰ *Idem*, p. 9

³⁴⁵¹ *Idem*, p. 11

³⁴⁵² M. VOISSET, « La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *op. cit.*, 1999, p. 746

◇ a) *Théorie générale*³⁴⁵³

Le concept de « principe de participation » est aussi discuté que celui de qualité. La notion de participation, définie comme « [...] *un principe d'aménagement du fonctionnement des institutions politiques et administratives [...] qui consiste à associer au processus de décisions les intéressés (citoyens, administrés, salariés) ou leurs représentants* »³⁴⁵⁴, existe incontestablement dans le débat au sujet des services publics. Paradoxalement, alors qu'une telle notion est même présente en continu de manière latente depuis la Libération dans le droit public, le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics en lui-même n'a pas de valeur juridique contraignante : aucune règle générale n'impose à l'ensemble des services publics l'application d'un tel principe. Isabelle THOMAS justifie cette absence de consécration juridique par la prédominance, dans le système constitutionnel français, de l'approche représentative de la démocratie là où ce principe est davantage une manifestation d'un système fondé sur la démocratie participative³⁴⁵⁵. Mais au-delà de plusieurs expériences peu concluantes, quelques textes à faible valeur juridique³⁴⁵⁶ ont en effet tenté de faire ressurgir, de manière plus prégnante et généraliste depuis une vingtaine d'années, ce principe en relative déshérence. Dès lors, malgré cette absence de considération au niveau constitutionnel, le principe de participation doit néanmoins être reconnu dans un statut de « *principe d'action* », de règle de bonne gestion des services publics.

En effet, dès la loi de nationalisation du 8 avril 1946³⁴⁵⁷, une participation des usagers à la gestion des nouvelles entreprises publiques, gérant des services publics, est mise en place, matérialisée par l'introduction de représentants d'usagers dans les conseils d'administration de ces entreprises. L'expérience se poursuit dans le domaine des services publics administratifs avec l'entrée de représentants élus des élèves et parents d'élèves dans les établissements scolaires du second degré³⁴⁵⁸ puis des étudiants dans les organes délibérants des établissements de l'enseignement supérieur³⁴⁵⁹. Une réelle volonté de gestion tripartite s'impose donc, impliquant tous les acteurs de ces établissements et entreprises (usagers, salariés, gestionnaire, soit généralement l'Etat ; s'y rajoutent éventuellement des « personnalités qualifiées »), mais elle en reste à une diffusion sectorielle et non généralisée à tous les services publics. Des auteurs comme Jacques CHEVALLIER sont cependant très critiques sur l'apparence de co-gestion ainsi organisée : est ainsi listée une « *série d'obstacles* »³⁴⁶⁰ concernant notamment le choix des représentants des usagers qui l'amène à considérer que « [l]orsque la formule adoptée est celle de la *représentation des intérêts*³⁴⁶¹, la participation apparaît plus formelle que réelle, et le contexte traditionnel des relations n'est pas substantiellement modifié.[...] »³⁴⁶². Que ce soit dû à des causes externes, de fait, telles que la large assiette d'usagers de certains services publics concernant « des franges entières », si ce n'est toute la population, ou dû à des causes davantage subjectives, tenant à « [...] *l'absence de prise de conscience d'intérêts communs et d'organisations représentatives* [...] »³⁴⁶³ de la part de ces mêmes usagers, arbitraire et artificialité de la désignation des représentants découlent nécessairement de ce contexte. Dès lors aucun pouvoir sérieux des usagers ne peut s'imposer dans les instances de direction de ces services publics où cette présence devient « [...] *purement symbolique* [...] ». La légitimité des représentants d'usagers est plus réelle dans les cas de « *gestion*

³⁴⁵³ Sur ce sujet, cf. également J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, op. cit., 2008, pp. 194-201

³⁴⁵⁴ R. GUILLIEN et J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques 2010*, Paris, Dalloz, 2009, p. 521

³⁴⁵⁵ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA*, 2004, p. 5

³⁴⁵⁶ Circulaire du 23 février 1989 « relative au renouveau du service public » dite « ROCARD » ; circulaire du 26 juillet 1995 « relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'Etat et des services publics » ; Charte des services publics du 18 mars 1992

³⁴⁵⁷ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 « sur la nationalisation de l'électricité et du gaz »

³⁴⁵⁸ Décret du 8 novembre 1968 « introduisant la participation dans les lycées et collèges »

³⁴⁵⁹ Loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 « d'orientation de l'enseignement supérieur »

³⁴⁶⁰ J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », op. cit., 1985, p. 61

³⁴⁶¹ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³⁴⁶² J. CHEVALLIER, « Figures de l'usager », op. cit., 1985, p. 61

³⁴⁶³ *Idem* p. 61

*élective*³⁴⁶⁴», mais cette fois c'est le danger de « [...] la logique de la professionnalisation et l'institutionnalisation [...] »³⁴⁶⁵ qui décrédibilise, aux yeux de l'auteur, le vrai sens de la participation des usagers : « tout se passe comme si l'élection servait de caution et de couverture du pouvoir professionnel et facilitait l'imposition des disciplines institutionnelles. »³⁴⁶⁶.

Dans un certain nombre de cas enfin, le système associatif prend le relais des pouvoirs publics pour gérer certains services publics. Ce qui apparaît comme l'avènement de la gestion participative directe des usagers aux services publics se révèle, en réalité, aux dires de l'auteur, trompeur : le système bureaucratique s'installe progressivement et insidieusement au sein de ces associations gestionnaires qui perdent leur fraîcheur de participation directe associative des usagers pour devenir de véritables institutions détachées de leur base, « [...] stratifiées, hiérarchisées et gérées par des professionnels qui imposent leur autorité » et qui « [...] ne se distingue[raient] plus fondamentalement [d]es lourdes machines associatives de l'appareil d'Etat »³⁴⁶⁷. En conséquence, la figure de l'« usager-acteur »³⁴⁶⁸ apparaît davantage un alibi, dans cet affichage de logiques de co-gestion, qu'une réalité effective donnant un véritable pouvoir de co-décision à cette puissance théorique.

De son côté, l'utilisateur lui-même n'est pas exempt de torts, son désengagement paraissant significatif d'une absence d'implication, d'une volonté de se cantonner à un rôle de consommateur passif. Evoquant l'« *essoufflement de la dynamique participative* »³⁴⁶⁹, Jacques CHEVALLIER explique ainsi le tournant des années soixante-dix ou va être préférée une logique de dialogue avec un « *usager-partenaire* »³⁴⁷⁰ à cette volonté d'implication active. C'est par ce biais que des logiques de contrôle par l'utilisateur vont pénétrer l'administration et des garanties juridiques vont être reconnues en faveur de cet usager interlocuteur de l'administration et détenteur de droits à son égard. L'idée est de « [...] renon[cer] à faire miroiter aux administrés la possibilité d'une emprise illusoire sur les choix administratifs [...] » et de plutôt « [...] placer l'administration sous le regard du public »³⁴⁷¹. Il faut compter d'ailleurs qu'à terme, et notamment au sein des grandes entreprises publiques, la catégorie des représentants d'utilisateurs ou consommateurs tend à disparaître au sein des instances décisionnelles, étant transformée de manière plus ou moins explicite selon les cas en un panel de personnalités généralement considérées comme « qualifiées » et désignées par le pouvoir politique³⁴⁷².

Pourtant, un regain d'intérêt pour ce principe dans une forme plus active émane des pouvoirs publics : les textes travaillant à la modernisation des services publics tels que la circulaire « ROCARD » du 23 février 1989, la Charte des services publics du 18 mars 1992 ou la circulaire du 26 juillet 1995 « relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'Etat et des services publics » font ressurgir cette notion, de même que le Conseil d'Etat, dans son rapport public sur les services publics³⁴⁷³, encourage « [...] au développement d'une dimension participative dans le fonctionnement de [ces] services [...] »³⁴⁷⁴. C'est qu'en effet, face à la crise traversée

³⁴⁶⁴ Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³⁴⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Figures de l'utilisateur », *op. cit.*, 1985, p. 61

³⁴⁶⁶ *Idem* p. 61

³⁴⁶⁷ *Idem* p. 62

³⁴⁶⁸ *Idem* p. 60

³⁴⁶⁹ *Idem* p. 63. Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³⁴⁷⁰ *Idem* p. 63

³⁴⁷¹ *Idem* p. 442

³⁴⁷² Cf. à ce sujet I. THOMAS, « Le principe de participation des utilisateurs au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 10 et ses renvois au décret du 11 mai 1953 ainsi qu'à la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 « relative à la démocratisation du secteur public ». Ce procédé ne se vérifie cependant pas partout et le secteur social, notamment, - caisses d'assurance maladie, organismes HLM - ainsi que les établissements d'enseignement secondaires et supérieurs conservent ce système de co-gestion.

³⁴⁷³ CONSEIL D'ETAT, « *Considérations générales : Service public, service publics : déclin ou renouveau* », 134 p. dans CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1994*, Paris, La Documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n°46, 1995, 599 p.

³⁴⁷⁴ I. THOMAS, « Le principe de participation des utilisateurs au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 334

actuellement par les services publics, alors que les lois traditionnelles du service public perdent leur caractère d'« [...] *ensemble homogène voué à satisfaire l'intérêt général* [...] »³⁴⁷⁵, une relégitimation de l'action publique apparaît cruciale. Elle doit nécessairement passer par une implication nouvelle de l'usager, derrière lequel se profile le citoyen, comme l'explique le Conseil d'Etat³⁴⁷⁶. Il s'agit précisément de tenir compte des critiques et de la contestation citoyenne à l'égard du fonctionnement des services publics, de redonner une légitimité à ces services en amenant les usagers-citoyens à « [...] *se sentir responsable des services publics* [...] »³⁴⁷⁷ qui sont au coeur du lien social. Si la société se construit notamment autour de ce noyau de prestations considérées comme devant être également reconnues à tous ses membres, il est fondamental que ces mêmes membres se préoccupent de ce « ciment », de sa définition, à la fois afin qu'il réponde à leurs aspirations, mais surtout au titre d'une conscience citoyenne sans laquelle la société est fragilisée à sa base-même. Considérant en effet le développement des services publics comme constitutif de la « [...] *consolidation du pacte civique* [et comme] [...] *l'un des derniers terrains sur lesquels une démocratie [...] est susceptible de stimuler l'expression civique* [...] »³⁴⁷⁸, il est nécessaire d'inciter ces usagers à cette démarche nouvelle, à cette citoyenneté administrative active.

Ici apparaît le *hiatus* entre la citoyenneté au sens politique et celle administrative. La seconde se doit d'englober les membres d'une société plus large que les seuls citoyens politiques et de leur donner un moyen d'expression dans cette sphère plus quotidienne de la vie courante, au nom d'une harmonie sociétale et du sens de l'humain. C'est cette nouvelle démocratie qui pourrait sauver la légitimité populaire en perte de vitesse de la citoyenneté politique, appuyée exclusivement sur la démocratie représentative. La lassitude politique des citoyens français pourrait se trouver contrebalancée par l'offre affichée aux usagers-citoyens de participer à la gestion des services publics, ce regain d'intérêt et cette « fausse idée nouvelle » profitant de l'avènement, par l'intermédiaire communautaire, du concept de démocratie participative. Une idée qui s'appuie également sur les dénonciations du déficit démocratique dont souffre par essence l'action administrative et qui paraît de moins en moins supportable, ainsi que sur les revendications venant de ces usagers, que leur avis soit sollicité et pris en compte. Il s'agit donc de se soumettre aux nouvelles orientations idéologiques mettant davantage l'accent sur l'individu et cherchant à lui redonner des droits, à ancrer sa reconnaissance en tant que personne face à la machine administrative. Il s'agit de refonder par tous les moyens un pacte de citoyenneté cohérent, faisant consensus et ainsi gagnant en solidité. Dès lors, consultation et concertation rivalisent pour tenir compte de l'usager dans le cadre du processus décisionnel en matière de fonctionnement des services publics.

La première, procédé le plus ancien, « [...] *consiste à recueillir « les opinions émises individuellement ou collégalement, à l'égard d'une autorité administrative, seule habilitée à prendre l'acte de la décision à propos duquel intervient la consultation.* »³⁴⁷⁹ Ainsi, commissions consultatives des services publics locaux, comité consultatifs pour des questions d'intérêt communal, débats publics d'ampleur nationale³⁴⁸⁰ ou référendums consultatifs³⁴⁸¹ sont autant de

³⁴⁷⁵ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004p. 331

³⁴⁷⁶ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 338

³⁴⁷⁷ Circulaire du 18 mars 1992 portant « Charte des services publics », publiée sous le titre *La charte des services publics*, Paris, Direction générale de l'administration et de la fonction publique, 1992, p. 19

³⁴⁷⁸ CONSEIL D'ETAT, Rapport public 1994. Considérations générales : Service public, service publics : déclin ou renouveau, *op. cit.*, 1995, p. 84

³⁴⁷⁹ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 340, citant Y. WEBER, *L'administration consultative*, LGDJ, 1968, p. 1

³⁴⁸⁰ Nous reprenons ici la position de Jacques CHEVALLIER vis-à-vis de ces débats tels que les « Etats généraux » engagés à propos de certaines politiques sectorielles vitales pour le pays (transport, énergie, santé...), ceux engagés par la Commission Nationale du débat Public à propos de grands projets d'aménagement du territoire, « conférences ou forums de citoyens » à propos de questions de société et de choix politiques et techniques. (J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, 2007, p. 439).

³⁴⁸¹ On pense ici aux référendums locaux consultatifs institués par la loi n°92-125 du 6 février 1992 (articles L. 1112-15 à 1112-22 CGCT). Notons tout de même que l'avis populaire prend ici un sens restrictif, retrouvant la dimension politique de la citoyenneté, puisque seuls les électeurs sont concernés et non l'ensemble des habitants d'une zone ou des usagers d'un service public.

moyens de sonder l'avis populaire qui peuvent porter sur le fonctionnement des services publics³⁴⁸². Ceci dit, l'élément primordial caractérisant ce procédé demeure le caractère facultatif de la prise en compte de l'avis émergeant de la consultation lors de la prise de décision. L'autorité décisionnaire reste bien non liée par cet avis recueilli.

La concertation, procédé davantage répandu pour faire participer les usagers, « [...] *est un approfondissement des processus consultatifs* »³⁴⁸³, mais toujours indirect, selon Isabelle THOMAS, puisqu'il opère par l'intermédiaire de représentants. Le Professeur CHEVALLIER est moins tranché, ne reprenant pas cette dernière caractéristique dans sa définition. Par contre, il constate que « *l'ouverture* » ainsi offerte aux usagers est « [...] *foncièrement sélective* [...] », que la participation est, sinon confisquée, du moins « [...] *profite pour l'essentiel aux relais représentatifs du milieu social ; [...] l'administré de base n'a guère plus qu'auparavant la possibilité effective de se faire entendre des décideurs.* »³⁴⁸⁴. Il s'agit dans tous les cas selon Jacques CHEVALLIER, dans une autre logique que celle de la consultation, de séduction plutôt que d'injonction et d'imposition unilatérale de sa volonté. La décision terminale ne doit plus être « [...] *le fruit d'une initiative unilatérale mais l'expression d'un compromis.* »³⁴⁸⁵ L'administration veut convaincre plutôt que contraindre, elle recherche l'adhésion et non plus la soumission. Au schéma traditionnel du « *commandement* »³⁴⁸⁶ autoritaire se substituent alors « [...] *des techniques plus souples d'incitation* [...] »³⁴⁸⁷, l'étanchéité des frontières et la distance entre administration et « *le milieu* »³⁴⁸⁸, les intéressés, s'amenuisent pour faire place à des « [...] *interrelations constantes* [...] »³⁴⁸⁹. Or, à procédés similaires, maux identiques : on a évoqué les lacunes du système représentatif relevées par Jacques CHEVALLIER. La légitimité démocratique des associations érigées la plupart du temps en représentants des usagers demeure douteuse eu égard au mode de leur sélection et à leur indépendance à l'égard des pouvoirs publics ou d'intérêts peu représentatifs de la base démocratique qu'elles devraient représenter, est mise en cause³⁴⁹⁰. Le manque de transparence des procédures de désignation est pointé du doigt. Et au final, le système manque son objectif initial, car, comme le conclut Isabelle THOMAS, « [...] *les procédés de mise en oeuvre de la participation ne permettent pas toujours une véritable écoute des usagers.* »³⁴⁹¹

De manière plus générale, l'influence des usagers sur la gestion des services publics demeure extrêmement pâle. Les professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT vont même jusqu'à dénoncer une instrumentalisation insidieuse par les pouvoirs publics de cette représentation qui ne viserait qu'à légitimer les décisions prises et éviter les conflits sans que ces associations d'usagers puissent « [...] *s'instituer [en véritable] contre-pouvoir* [...] »³⁴⁹². Ainsi que le relève Madame THOMAS, « [I]a conception essentiellement politique de la démocratie représentative limite de jure le rôle des usagers dans [cette] gestion [...] », « [...] *aucun partage du pouvoir de décision n'[étant] admis* [...] », malgré les procédés de consultation et de concertation mis en oeuvre. En effet, continue-t-elle « [d]une manière générale, les collectivités publiques ne renoncent que très difficilement à leur prérogative et brandissent le sceau de l'intérêt général pour éviter d'associer à leurs activités des associations qui par leur nature même représentent des intérêts

³⁴⁸² Voir aussi le constat désabusé de G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, p. 716 ; J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, 2007, pp. 438-440 et G. DUMONT, *La citoyenneté administrative, op. cit.*, 2002, pp. 218-239

³⁴⁸³ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 341

³⁴⁸⁴ J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, 2007, p. 441

³⁴⁸⁵ *Idem*, p. 440

³⁴⁸⁶ *Idem*, p. 440

³⁴⁸⁷ *Idem*, p. 440. Souligné par l'auteur lui-même dans le texte d'origine.

³⁴⁸⁸ *Idem*, p. 440

³⁴⁸⁹ *Idem*, p. 440

³⁴⁹⁰ Cf. l'exposé de la diversité de ces causes dans I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, pp. 341-342 ainsi que J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, 2007, p. 441

³⁴⁹¹ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 342

³⁴⁹² G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public, op. cit.*, 2007, p. 717

particuliers. »³⁴⁹³. Quant aux usagers, malgré leurs revendications d'« [...] un rééquilibrage de la relation de service public [...] »³⁴⁹⁴ à leur profit sous-entendant la prise en compte de leur avis, ils demeurent dans l'abstention lorsqu'il s'agit de s'impliquer de manière effective, personnellement, afin de mettre en oeuvre la théorie du principe de participation. Là encore, les analyses de Jacques CHEVALLIER n'ont pas vieilli.

Il est vrai que l'extension du champ d'application du référendum d'audience nationale et décisionnel prévu à l'article 11 de la Constitution aux projets de loi touchant à des réformes concernant « [...] la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent [...] », d'une part, la création d'un référendum décisionnel local instauré par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 d'autre part, semblent achever l'avancée opérée dans l'implication des citoyens au processus décisionnel commencé par la concertation. Mais il faut compter avec les verrous positionnés par les élus jaloux de leur pouvoir politique de décision. Ainsi, la décision d'organiser le référendum demeure entre les mains du président de la République³⁴⁹⁵ dans le premier cas, entre celles de l'assemblée délibérative dans le second. Et quant à ce dernier, Bertrand FAURE n'hésite pas à assurer que les « [...] chicanes juridiques [...] » instaurées dans le cadre de son organisation sont suffisamment importantes pour ne pas « entamer » « [...] la dépendance des électeurs à l'égard des choix des élus [...] »³⁴⁹⁶.

Dès lors, la participation prend d'autres voies : ainsi se diffuse t-elle par le biais des nouveaux droits de l'usager étudiés précédemment tels que celui du droit à la transparence administrative, à l'évaluation et au contrôle des services inscrits dans le droit à la qualité des prestations fournies par les services publics ; des droits connus depuis les années 1970 en France mais qui, on l'a vu, connaissent un regain d'intérêt avec l'ouverture sur le monde communautaire, son droit et ses valeurs.

◇ b) *Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire*

La participation des usagers au fonctionnement de l'institution psychiatrique semble particulièrement authentique contrairement à ce qu'on peut observer dans d'autres services publics au passé moins chargé et non concernés par le concept de privation de liberté. Mais le tournant pris par la psychiatrie et son rapport au patient depuis l'émergence de la psychothérapie institutionnelle n'est sans doute pas étrangère à cette évolution exemplaire (1). Le service pénitentiaire est pour sa part, par définition, cantonné à une approche largement restrictive de ce principe, qu'il n'occulte pas pour autant mais adapte à son contexte. L'intérêt de ce principe pour un fonctionnement amélioré du service public y trouve une preuve indéniable, même si elle concerne surtout le niveau individuel(2).

■ 1. *Dans le cadre psychiatrique*

La participation des usagers dans le cadre du système de santé est un phénomène relativement nouveau en France. La forme de participation la plus retentissante est celle concernant la représentation collective, qui a permis d'intégrer les bénéficiaires du système dans la prise de décision ainsi que dans des instances de contrôle ou à l'articulation dans les relations entre l'établissement de santé et les usagers. Néanmoins, cette volonté d'intéresser et de rendre acteur du fonctionnement du système de santé, pris à son niveau global, ne doit pas masquer une seconde forme de participation, à un niveau individuel : celle dont doit pouvoir jouir tout individu concernant sa propre santé, que ce soit au niveau de la prise de décision ou au niveau de sa prise en charge, afin que, d'assisté passif, il puisse, toutes les fois que cela s'avère possible, devenir une personne « accompagnée », actrice de son soin. Or cette seconde dimension a une acuité particulièrement vive en psychiatrie.

³⁴⁹³ I. THOMAS, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *op. cit.*, 2004, p. 342

³⁴⁹⁴ *Idem*, p. 339

³⁴⁹⁵ Que ce pouvoir se résume à un seul droit de veto dans les périodes de cohabitation ou à un véritable droit d'initiative par procuration en période de majorités présidentielle et parlementaire convergentes, le droit d'initiative appartenant au Gouvernement ou aux Parlementaires (éventuellement soutenus par un dixième des électeurs inscrits dans le cadre du pouvoir d'initiative supplémentaire créé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) et non au Président.

³⁴⁹⁶ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Droit public Science politique », 2009, 1ère éd., p. 224

La participation collective des usagers est appréciée par Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU et Didier TABUTEAU comme devant « [...] constituer un enjeu majeur pour les politiques de santé publique et le système de soins de demain. »³⁴⁹⁷. Cette implication institutionnelle n'est pourtant apparue qu'en 1996³⁴⁹⁸, avec la création des Conférences régionales de santé³⁴⁹⁹ chargées de définir les priorités en matière de santé et avec l'entrée des usagers dans les conseils d'administration des établissements publics de soins (dénommés depuis la loi « HPST » « conseils de surveillance »)³⁵⁰⁰. Une apparition jugée tardive par Marc DUPONT, Claudine BERGOIGNAN-ESPER et Christian PAIRE, mise au compte de la « [...] faiblesse relative de l'organisation des associations de malades [...] » ainsi qu'au défaut de volonté politique, un privilège exclusif de légitimité étant accaparé par un certain nombre d'élus, des représentants des caisses de sécurité sociale et des professionnels de santé, censés être des « porte-parole naturels des patients et de leurs familles »³⁵⁰¹.

Des représentants d'usagers ont par la suite été intégrés, par voie réglementaire, en tant que membres des commissions de conciliation et dans quelques instances spécialisées dont l'activité intéresse les patients telles que les Comités de Lutte contre les Infections Nosocomiales (CLIN). La loi du 4 mars 2002 a marqué la différence, en affermissant de manière significative la place de l'utilisateur-citoyen dans l'organisation du système de santé. Cette évolution de la place de l'utilisateur renvoie en effet à une réflexion sur la perte de légitimité, voire la méfiance des citoyens à l'égard des décisions prises unilatéralement par les pouvoirs publics en matière de santé. Ce mouvement trouve un certain nombre de ses racines dans une réaction de la population face aux grands scandales de santé publique traversés par la France dans les trois dernières décennies. La fin du paternalisme médical se trouve également sanctionnée à l'échelle collective. Le nouveau tournant politique ainsi engagé permet aux pouvoirs publics de reconnaître aux citoyens la possibilité de débattre et d'être entendus sur des questions touchant l'être humain dans ce qu'il a de plus intime, et ainsi de légitimer les décisions adoptées. Il permet également de responsabiliser ces mêmes citoyens sur le fonctionnement du système de santé.

De manière plus idéologique, l'instauration d'une telle démocratie sanitaire peut paraître, dans la théorie, en adéquation avec les valeurs défendues par un Etat de droit tel que l'Etat Français et l'évolution de la manière de les aborder³⁵⁰². La loi du 4 mars 2002, non seulement crée dans le code de santé publique un nouveau chapitre réservé à la participation des usagers au système de santé, mais en outre accorde un rôle « privilégié »³⁵⁰³ aux associations agissant pour la qualité de la santé ou la prise en charge des malades et leur offre un statut légal propre, conditionné par l'attribution d'un agrément, cette attribution étant elle-même soumise à un certain nombre de conditions³⁵⁰⁴ ; seules les associations agréées peuvent exercer les droits participant de la démocratie sanitaire, consistant principalement dans la représentation des usagers au sein des différentes instances institutionnelles qui leur sont ouvertes et dans l'exercice de droits « attachés à leur mission », tels que veiller au respect des droits des personnes malades et des usagers, participer à l'accréditation des établissements de santé, à l'information, à la réévaluation de la qualité des soins et de la prise en charge ; s'y rajoute un « droit d'initiative dans le débat public »³⁵⁰⁵ qui leur permet de demander l'organisation de débats sur la politique de santé, aussi bien à une échelle

³⁴⁹⁷ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2009, p. 382

³⁴⁹⁸ Via l'ordonnance hospitalière n° 96-346 du 24 avril 1996. Auparavant, les usagers avaient fait une première incursion, grâce à la loi hospitalière du 31 juillet 1991, par le biais de la désignation de représentants d'usagers dans les unités de long séjour des hôpitaux recevant des personnes âgées (article L. 6143-5 CSP)

³⁴⁹⁹ Articles L. 1411-12 CSP et R. 1411-1 à R. 1411-16, dont notamment l'article R. 1411-4 CSP concernant la composition de ces conférences. Ces conférences ont pris nom, avec la loi « HPST » de Conférences régionales de la santé et de l'autonomie.

³⁵⁰⁰ Article L. 6143-5 CSP

³⁵⁰¹ M. DUPONT, Cl. BERGOIGNAN-ESPER et Ch. PAIRE, *Droit hospitalier*, op. cit., 2009, p. 476

³⁵⁰² A propos du concept de « démocratie sanitaire » en tant que tel et tel qu'instrumentalisé dans la loi de 2002, cf. E. CADEAU, « La « démocratie sanitaire » : « erreur », « commodité » ou « écart » de langage ? Propos introductifs aux actes du XVIIIe Atelier du CERDES », *RGDM*, 2004, n° 12, pp. 9-16

³⁵⁰³ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2009, p. 383

³⁵⁰⁴ Cf. article L. 1114-1 CSP complété par les articles réglementaires en rapport (articles R. 1114-1 à R. 1114-17 CSP)

³⁵⁰⁵ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., 2009, p. 388

régionale que nationale. Fortes de toutes ces prérogatives, ces associations ont ainsi les moyens d'intervenir à toutes les étapes d'un processus décisionnel ou de réflexion en allant jusqu'à l'évaluation des résultats. On peut d'ailleurs relever, en dernier lieu, la création, par le décret du 6 mai 2005³⁵⁰⁶, de commissions régionales de concertation en santé mentale présidées par le directeur général de l'agence régionale de santé chargées « [...] *de contribuer à la définition, à la mise en oeuvre, au suivi et à l'évaluation de la politique de santé mentale définie, notamment, par le schéma régional d'organisation sanitaire* »³⁵⁰⁷ par le biais de propositions et dans la compositions desquelles sont intégrés « [...] *trois représentants des usagers ou de leurs familles ou des associations de consommateurs* »³⁵⁰⁸.

Or précisément, le champ de la psychiatrie est fort de plusieurs associations, soit de patients, soit de familles ou proches de malades. Ainsi, l'UNAFAM, association de familles et amis de personnes atteintes de troubles mentaux, a été créée dès 1963 à l'initiative de quelques familles soutenues par quelques psychiatres. La FNAPSY, fédération rassemblant directement des patients et usagers cette fois, n'a, pour sa part, vu le jour qu'en mars 1992, mais, fédération, elle est constituée elle-même d'associations d'usagers plus anciennes. Si elle est aujourd'hui la principale voix des usagers en santé mentale, forte de sa représentativité en la matière, d'autres structures d'usagers, au sens strict de patients, l'avaient précédée, plus locales et ponctuelles. Il est cependant évident qu'elle marque un tournant majeur dans l'organisation et donc dans la visibilité et la prise en compte de ces usagers malades dans la définition de la politique de santé.

La psychiatrie s'est également montrée en avance sur le plan de la prise en compte des usagers puisque dès sa création par la loi du 26 juin 1990, la CDHP a comporté parmi ses membres « *un représentant d'une organisation représentative des familles de personnes atteintes de troubles mentaux* »³⁵⁰⁹. Il est vrai que, à ce premier stade, ce ne sont pas directement les malades qui sont appelés à participer à cette commission. Néanmoins, l'impact des troubles mentaux d'une personne sur l'ensemble de la famille est suffisamment notoire pour considérer que l'entourage devient usager du système de psychiatrie quasiment autant que le sujet atteint. En outre, l'erreur est réparée par la loi du 4 mars 2002, qui, recomposant partiellement la constitution de cette commission, adjoint à ce représentant des familles un représentant d'usagers au sens strict du terme cette fois, à savoir un représentant d'associations de personnes malades³⁵¹⁰. Il est à remarquer également qu'à la source, l'UNAFAM a pu collaborer à l'élaboration de la loi de 1990, puis en 2005 à celle du plan de santé mentale et surtout à celle de la loi du 11 février 2005 afin de faire reconnaître le handicap psychique comme un handicap à part entière nécessitant « *un accompagnement social spécifique* »³⁵¹¹. C'est ainsi que les associations, -il faut en effet adjoindre cette fois à l'UNAFAM la FNAPSY, créée entre-temps-, ont obtenu les moyens légaux pour créer des structures originales dans ce cadre, les Groupes d'Entraide Mutuelle (GEM)³⁵¹².

³⁵⁰⁶ Décret n° 2005-434 du 6 mai 2005 « relatif à l'organisation et à l'équipement sanitaires et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et le code de l'action sociale et des familles deuxième partie : partie réglementaire) ». Articles R. 3221-7 à R. 3221-11 CSP

³⁵⁰⁷ Article R. 3221-7 CSP

³⁵⁰⁸ Article R. 3221-8 CSP

³⁵⁰⁹ Ancien article L. 332-3 devenu L. 3223-2 CSP, issu de la loi du 26 juin 1990

³⁵¹⁰ Article L. 3223-2 CSP

³⁵¹¹ UNAFAM, [en ligne], site internet de l'UNAFAM, <http://www.unafam.org/quisommesnous/lhistoire.html> (page consultée le 21/3/2009)

³⁵¹² Les GEM sont des groupes organisés en associations loi 1901 rassemblant des personnes souffrant de troubles psychiques. Leur particularité est d'être nécessairement parrainés par une association (d'usagers ou de familles d'usagers ou tout autre association oeuvrant dans le domaine de la santé mentale) ou par un organisme public ou un établissement de santé mentale dotée de la compétence gestionnaire, ce eu égard à la fragilité psychique des adhérents et fondateurs du GEM. Ils aident au désenclavement de cette population généralement isolée et souffrant d'exclusion sociale en recréant du lien social entre pairs mais aussi entre eux et la cité. Instrument à la fois de soin et de prévention, ils leur permettent de s'émanciper et de se responsabiliser dans un cadre sécurisant, en ouvrant *a priori* sur une réinsertion sociale finalisée dans la cité. Pour parvenir à ces résultats, les GEM sont au coeur d'un réseau de partenaires associatifs comme institutionnels (commune, organismes HLM, de formation et d'aide à l'emploi, CMP et secteurs psychiatriques) secondant les adhérents dans leurs démarches sociales comme sur le plan psychique (cf. la circulaire DGAS/3B n° 2005-418 du 29 août 2005 « relative aux modalités de conventionnement et de financement des groupes d'entraide mutuelle pour personnes souffrant de troubles psychiques »).

On notera également, dans un certain nombre de services, l'instauration de réunions d'unité dites « soignants-soignés », souvent hebdomadaires et à heure fixe, permettant aux patients d'évoquer leurs mécontentements, souhaits, récriminations à l'égard du fonctionnement du service et pouvant avoir un impact collectif. En retour, les soignants peuvent expliquer les raisons de leurs choix sur ces points, transmettre les informations concernant le service et ses usagers, discuter avec les usagers voire prendre en compte leurs idées pour améliorer la vie quotidienne et le fonctionnement du service, en l'ajustant éventuellement aux personnes présentes sur le moment dans les lieux.

La participation individuelle renvoie davantage aux problématiques précédemment traitées du droit au consentement en psychiatrie. Rappelons simplement qu'au delà des mesures de soins d'urgence, un traitement peut difficilement valablement se mettre en place sans faire participer le patient. L'objectif actuel du traitement psychiatrique étant l'autonomisation, le plus rapidement possible, de la personne atteinte de troubles mentaux, il est nécessaire de créer une véritable alliance thérapeutique afin qu'elle accepte le traitement, notamment médicamenteux, reconnaisse sa nécessité, apprenne à le prendre en charge elle-même. Apprenant ainsi à vivre avec une maladie souvent impossible à guérir mais curable au sens où les médicaments peuvent, sinon éradiquer, du moins fortement atténuer les symptômes gênants voire handicapants, elle peut redevenir une personne « normale » et active dans la société. L'obligation posée par le projet de loi du 5 mai 2010 de s'intéresser aux observations de la personne soignée avant de prendre les décisions importantes de renouvellement du maintien de la mesure coercitive de soin sans consentement et de changement de modalité de prise en charge approfondit ce mouvement.

La même participation au choix du procédé thérapeutique a un sens encore plus immédiat lorsqu'il s'agit de proposer un traitement davantage comportemental, consistant en des activités. Un refus amène à une inefficacité complète d'une thérapie qui ne sera pas suivie.

De manière plus approfondie, la participation peut s'opérer dans la prise en charge du soin en lui-même, ou, d'un certain sens, constituer elle-même le soin : ce qui s'avère vrai pour une personne apprenant à gérer seule son traitement médicamenteux se retrouve dans le cas d'un patient vivant dans la cité, dans un appartement thérapeutique par exemple où il parviendra à redevenir relativement autonome, à gérer lui-même sa vie quotidienne. La reprise de contact progressive avec la vie quotidienne autonome pourra en effet se faire par le biais de contrats de soin, posant au patient des objectifs concrets à atteindre qui constitueront autant d'implications directes de sa personne, la rendant actrice de son soin. Sur ce plan individuel, les associations, notamment d'usagers, sont un soutien irremplaçable qui légitime complètement leur existence et le crédit qui leur est donné, en ricochet, au niveau de l'action collective.

■ 2. Dans le cadre pénitentiaire

L'application du principe de participation en prison est loin de connaître la même ampleur au plan collectif. En effet, le concept de participation paraît antinomique avec la mission d'enfermement contraint, enfermement à forte connotation sécuritaire et de défense sociale, donc prise contre le détenu, que représente la peine d'emprisonnement. La dimension de réinsertion sociale, tournée vers le détenu et dans son intérêt ne doivent en effet pas masquer la dimension punitive de la peine, qu'on ne retrouve pas dans l'hospitalisation sous contrainte et qui explique que la participation à l'élaboration des politiques de santé peut être envisageable et même souhaitable dans la seconde alors qu'une participation similaire aux politiques pénales est proscrite.

On peut néanmoins s'interroger sur l'énigmatique article 29 de la nouvelle loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui pose la consultation des personnes détenues concernant les activités qui leur sont proposées. La commission des lois du Sénat, qui l'a introduit lors de ses travaux, vise par là une consultation collective des détenus non seulement à propos des activités qu'ils souhaiteraient voir mises en place dans le cadre de l'obligation d'activité qui leur est désormais imposée mais de manière plus générale sur leurs conditions de détention. L'objectif qu'elle défend est bien un embryon de participation à la vie carcérale, visant à engager une démarche « *responsable* »³⁵¹³ dans

³⁵¹³ J.-R. LECERF, « Article additionnel après l'article 11 », dans Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi

la gestion de leur vie par les détenus. Bien entendu, cette avancée se ferait toujours sous l'indispensable réserve de « [...] *maintien du bon ordre et de la sécurité de l'établissement* [...] ». Si cette disposition est effectivement mise en oeuvre et utilisée comme tremplin vers la définition renouvelée du détenu au sein de l'institution carcérale, ce pourrait être un pas proche du changement de paradigme quant à la place faite à l'individu détenu au sein de l'institution pénitentiaire, une consécration de l'ensemble du travail opéré en matière de recouvrement de la citoyenneté, et de responsabilisation, -notion donnant toute sa profondeur et sa réalité à la première-.

Par contre, la participation du détenu à la mise en oeuvre de sa peine, à un niveau individuel, est vivement encouragée dans une optique renouvelée de la peine. Dès lors qu'il s'agit de lui donner une dimension transitoire et d'amélioration du détenu, intéresser ce dernier à sa mise en oeuvre ne peut qu'en augmenter l'efficacité et les chances de réussite, à terme, de la réinsertion. On retrouve ici la dimension de soin et un raisonnement similaire à celui tenu en psychiatrie : seule une personne en accord avec le projet qui lui est proposé mettra du coeur à sa réussite. Dès lors, on l'a évoqué, le Parcours d'Exécution de Peine (PEP) vise à individualiser la peine en établissant, pour chaque détenu, un parcours adapté à son profil, tenant compte de ses souhaits, de sa personnalité, de ses capacités et compatible avec son temps d'incarcération. Ce parcours est élaboré en collaboration avec la personne détenue elle-même. L'objectif est qu'elle prenne en charge ce temps de peine afin d'en faire, avec l'appui des services d'insertion et de probation mais aussi de tous les intervenants en prison (personnel soignant, assistants sociaux, enseignants, formateurs, entreprises etc.) une planche d'appel vers un nouveau départ, de préparer efficacement une réintégration dans la société. En aval, la plupart des mesures d'aménagement de peine exigent, pour être octroyées, cette implication du détenu dans la définition individualisée et l'exécution de sa peine, dans la gestion de son temps de détention. De même, l'acceptation dans un centre pour peine aménagée exige, de la part du détenu, d'avoir préparé en amont un véritable projet de réinsertion et, une fois l'admission obtenue, de réellement s'activer en vue de mettre en oeuvre ce projet à exécution, l'avantage de ces centres étant précisément de leur donner les moyens matériels pour faciliter leurs démarches, notamment au niveau des permissions de sortir largement octroyées.

La loi du 24 novembre 2009 approfondit cette logique d'utilisation du temps de la peine en direction de la réinsertion. Légalisant le parcours d'exécution de peine, jusqu'alors assis sur une simple circulaire du 21 juillet 2000³⁵¹⁴, elle le rattache implicitement, -par l'enchaînement des phrases traitant de l'un puis de l'autre-, au bilan de personnalité pluridisciplinaire qu'elle crée pour tous les détenus. C'est en conséquence de manière pleinement avertie que le chef d'établissement et le SPIP devraient pouvoir définir avec le condamné³⁵¹⁵ le projet qui lui conviendra le mieux y compris au plan de son caractère et de ses capacités psychologiques³⁵¹⁶.

pénitentiaire, [en ligne], Sénat n°143 (session 2008-2009), 17 décembre 2008. Disponible sur le site du Sénat, consulté le 16/7/2010

³⁵¹⁴ Circulaire n° AP-2000-08 DIR/21-07-2000 (JUSE0040058C) du 21 juillet 2000, « Généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peine », [en ligne], consultée le 17/7/2010

³⁵¹⁵ Cette obligation de la concertation du parcours d'exécution de peine avec le condamné, qui existait dans la circulaire de juillet 2000 mais absente du projet de loi initial, ayant été rajoutée par la commission des lois du Sénat

³⁵¹⁶ L'article 89 de la loi inscrit ce projet à l'article 717-1 du Code de procédure pénale, dont la mise en pratique est orientée par les articles D. 88 à D. 92 issus du décret n°2010-1635 du 23 décembre 2010

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

A travers les nouveaux droits reconnus à l'usager et sous-tendant ces nouvelles « *règles de bonne gestion* » des services publics, ce sont les nouveaux visages dudit usager qui apparaissent successivement pour mieux s'additionner. Du creuset où ont été jetées ces figures successives de l'acteur, du partenaire puis du client, -au sens où Jacques CHEVALLIER emploie ce terme-, ressort un usager reconnu comme un sujet pensant et revendicatif, auquel l'administration doit une qualité de prestation passant par un fonctionnement le plus transparent possible et une prise en compte de son avis, de ses aspirations. Un usager considéré comme une personne dotée de droits fondamentaux opposables à l'administration, qui peuvent avoir des répercussions dans la gestion et le fonctionnement du service.

Mais le principal écueil à éviter dans ce cadre demeure précisément la réduction de cet interlocuteur à un client consommateur de service. Si ce visage univoque peut enrichir l'« usager transfiguré », multi-visages, d'une reconnaissance d'un droit à la qualité du service, toute la relation purement économique, jouant sur la culture du résultat au sens de la rentabilité économique et sur les logiques concurrentielles paraît antinomique avec le rôle premier, social, solidariste du service public à la DUGUIT. Non qu'on veuille ici prôner un service public forcément déficitaire sur le plan économique, mais il s'agit de ne pas placer ces objectifs en priorité absolue. Le lien social se bâtit sur des valeurs d'abord humaines, d'implication éventuelle de l'individu-usager dans le fonctionnement du service³⁵¹⁷, de responsabilité partagée dans la réussite de la mission sociale de ces services, d'égalité entre tous les usagers sans impliquer de logique « *marchande* » ramenant nécessairement cette égalité à des critères économiques³⁵¹⁸.

Par contre, c'est vers la figure du citoyen administratif que se tourne désormais cet usager, cherchant à retrouver une voix se substituant à celle politique aujourd'hui de plus en plus aphone (ou muette), par désabusement des intéressés. Une voie sur laquelle se précipitent les pouvoirs publics avides de renouer un lien avec la base, le peuple souverain, et de retrouver ainsi une légitimité mais aussi une cohérence sociétale et un mieux-être social. C'est en réalité à une véritable « *refondation de la relation* » entre administration et usager qu'on assiste³⁵¹⁹, cette nouvelle figure intégrant tous les acquis positifs des précédentes : le citoyen, replacé dans le cadre d'un rapport démocratique avec et par les services publics, voit s'étendre, à commencer par la loi du 12 avril 2000, ses droits à l'information et à la participation et se renforcer ses garanties à l'encontre de l'administration. De même que ce nouveau statut de citoyen peut renvoyer directement à l'intégration et la prise en compte de tous ses droits fondamentaux dans le cadre du fonctionnement des services publics. Cette citoyenneté administrative doit ainsi se détacher de la notion politique pour s'étendre à des populations non-dotées des droits politiques tels que les étrangers, la question des enfants pouvant également se poser. En effet, comme le signifie Jacques CHEVALLIER, « [...] *cette notion renvoie aux processus [...] d'intégration sociale* [plus généraux que les relations de

³⁵¹⁷ Comme l'expriment Gilles GUGLIELMI, Geneviève KOUBI et Gilles DUMONT, « [l]e service public est certes fourni à l'usager, mais il l'est aussi indissociablement avec l'usager. » (Souligné par les auteurs eux-mêmes.) (G J. GUGLIELMI, G. KOUBI et G. DUMONT, *Droit du service public*, op. cit., 2007, p. 694).

³⁵¹⁸ Cf. à ce sujet les analyses des Professeurs GUGLIELMI, KOUBI et DUMONT dans *Droit du service public*, op. cit., 2007, pp. 677-679 et 700-703. Cf également la définition du citoyen donnée par le Ministre de la Fonction publique du Gouvernement JOSPIN, Emile ZUCCARELLI, lors de l'examen en première lecture du projet de loi « relatif aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration » : « [...] *Je prends ici le mot [de citoyen] dans son acception la plus large : il s'agit de celui qui, vivant dans une société, y exerce ses droits et en accepte les règles, et non pas, bien sûr, du seul « ressortissant national » [...]* ». (JO débats parlementaires, Assemblée nationale, 27 mai 1999, p. 5096 ; cité par G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, op. cit., 2002, pp. 660-661).

³⁵¹⁹ J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *Recueil Dalloz* 2000, Chronique, p. 577

type politique] et désigne, globalement, tous les mécanismes visant à garantir la cohésion sociale. »³⁵²⁰.

On a montré que la figure du client paraît une menace difficile à considérer comme sérieuse pour les hospitalisés sous contrainte et les détenus. Par contre, tendant à s'assimiler au processus général, ces deux catégories d'usagers des services publics doivent pouvoir revendiquer ce statut de citoyen administratif, même si, nécessairement, il restera un statut au rabais eu égard à la situation toute particulière des personnes privées de liberté, et face auxquelles l'administration conserve un pouvoir d'autorité accentué, reconnu comme nécessaire et légitime. Ceci dit, ce qui s'exprime comme une évidence pour les prisonniers dans les faits s'avère beaucoup moins vrai pour les personnes retenues en psychiatrie. Preuve que lorsque la volonté politique entre en action, le droit peut suivre et insuffler de nouvelles pratiques, dépasser les schémas psychologiquement ancrés assimilant privation de liberté à une paralysie de la figure du citoyen pris dans son acception large et à un assujettissement administratif total.

Néanmoins, ce constat ne doit pas être radicalisé. La volonté doit nécessairement imprégner les institutions elles-mêmes pour que le schéma s'avère effectif. Le terrain était propice pour une avancée en ce sens dans l'institution psychiatrique, de l'intérieur. Il faut espérer que la nouvelle génération de personnel pénitentiaire, notamment, éduquée à l'aune des règles pénitentiaires européennes, rayonnera de la même aura dans l'institution pénitentiaire. Ceci dit, les patinages et les vieux réflexes n'ont pas été intégralement balayés. L'une comme l'autre des deux institutions gardent un certain nombre de pratiques contrevenant sans véritable justification aux droits fondamentaux de leurs pensionnaires. C'est sur ce plan qu'il faut maintenir l'aiguillon acéré et la vigilance toujours éveillée, c'est aussi le terrain de combat le plus délicat. Et il faut bien remarquer qu'il n'est pas abordé de la même manière par les deux institutions. L'angle d'attaque de l'institution psychiatrique est plus subtil, sans doute a-t-elle aussi une position plus aisée par rapport à l'opinion publique et ses observateurs : drapée dans ses idéaux de protection du patient et d'humanisme consubstantiel à la charge médicale mais aussi de nécessaire liberté dans les soins à prodiguer. Cachée derrière ses vertus de service public « bon élève » dans son fonctionnement administratif général, elle jouit d'une latitude d'action démesurée, proche du blanc-seing sur un certain nombre de ses pratiques médicales et étend la définition de cette expression, « pratiques médicales », à toutes formes de pratiques instaurées au sein de l'institution. Le bastion est alors imprenable. C'est au cœur même de ces pratiques médicales que le droit devrait avoir le droit de regard afin d'en limiter les éventuels abus. Il ne s'agit pas pour le juriste de se faire médecin ou de brimer la psychiatrie, mais certaines pratiques sont de toute évidence aujourd'hui en désaccord complet avec l'idéologie des droits fondamentaux et l'universalité de leur noyau dur, au sens de l'injustifiabilité absolue de toute pratique qui leur contreviendrait quelles qu'en soient les raisons. Il est certain, on l'a dit, que ces pratiques dépendent de l'école d'appartenance du médecin soignant et du chef de service. Il n'est pas acceptable que les droits fondamentaux d'individus puissent dépendre de contingences de cet ordre sur des sujets aussi graves. L'inégalité déjà installée et difficilement redressable par rapport à la qualité du médecin et du personnel qu'on a la chance d'obtenir lorsqu'on est hospitalisé ne doit pas être « élevée au carré » pour reprendre l'expression de Martine HERZOG-EVANS sur d'autres sujets, par une ouverture de l'éventail des pratiques laissant possibilité de pratiques contraires aux droits fondamentaux reconnus à tout individu. C'est ici que la boucle se referme, d'ailleurs, sur l'ensemble de notre étude de l'institution, démontrant le lien direct entre le pouvoir institutionnel, sa nature et la manière dont il est encadré d'une part, et l'impact sur les individus que cela entraîne d'autre part.

L'institution carcérale est plus franche dans son opposition à un certain nombre de ces droits, ou en tout cas plus visible dans ces violations, plus rapidement suspecte aussi et encadrée en conséquence. Le juge et le droit ont commencé à prendre la mesure de ses pratiques, ils construisent leur réponse en conséquence pour maintenir précisément la protection des droits fondamentaux à un niveau acceptable dans la société aux valeurs humanistes actuelle.

³⁵²⁰ J. CHEVALLIER, « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », dans *Réformer les administrations, le dilemme entre unité et diversité*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 25, cité par V. DONIER, « Les droits de l'utilisateur et ceux du citoyen », *op. cit.*, 2008, p. 13

Le progrès est néanmoins sans conteste quant au regard posé sur l'individu enfermé pour troubles psychiques et sur le détenu par rapport à l'avant-guerre. Recouvrant sa dimension de personne humaine pleine et entière, il recouvre sa dimension citoyenne, toutes les dimensions citoyennes auxquels il peut aspirer, au même titre que tout individu dès lors qu'il en remplit les conditions légales de droit commun.

*
* *

CONCLUSION DU TITRE II

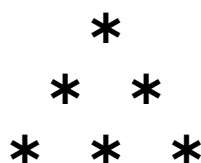
L'enfermement n'a plus de manière si criante la dimension de rejet sociétal et de mort sociale qu'il a pu signifier au temps de l'institution totale. Il n'est pas question de disparition des deux populations autrefois si foncièrement stigmatisées mais bien d'une réintégration dans la société, sur le plan symbolique comme réel, autant que de l'individu dans son humanité. Cette réintégration ne peut cependant effacer tout particularisme. L'enfermement trouve d'autres visages, moins violents, moins évidents aussi, pour maintenir une surveillance de ces individus, qui ne peut rester légitime que savamment jaugée, en mettant en balance les intérêts de la personne et ceux de la société, un équilibre subtil mais fondamental à trouver entre assistance, soutien, sécurité des tiers, et droit à la liberté, droit à l'oubli, droit à la non-stigmatisation. Que l'Homme reste libre et ne soit pas définitivement étiqueté sur un acte, qu'il s'agisse d'une conséquence d'un état morbide ou d'un forfait volontaire, tout en maintenant une politique de prévention aussi utile sur le plan humain, sécuritaire et médico-social que pertinente eu égard à des considérations financières. Un équilibre qui, à l'heure actuelle, ne semble pas avoir été trouvé. Un équilibre qui devra trouver tout son épanouissement dans son individualisation à chaque cas en particulier. La circonspection est ainsi inévitablement de mise au regard des politiques actuelles et qui s'annoncent quant à son avenir.



CONCLUSION DE LA PARTIE II

La rupture institutionnelle avec la chute du paradigme de l'institution totale et totalitaire ainsi que l'édification de deux services publics est la marque première de ce retour à la société de l'individu atteint psychiatriquement ou détenu, de ce changement de regard.

Les singularités et dérogations, sur des points importants quant au fonctionnement du service même mais aussi quant aux droits reconnus à ses usagers et surtout aux restrictions de ces derniers dans le cadre de régimes juridiques établis, sont l'empreinte du maintien de ces populations dans un statut à part ; il n'est pas possible de les fondre dans la masse indifférenciée des autres individus. C'est pourtant dans l'ampleur que garde cette brèche, qui, dans son principe même, n'est pas forcément critiquable, que se niche la fragilité du système, c'est là que se sont effectivement installés ses défauts, qui maintiennent ces deux services publics dans des réminiscences totalitaires alors même que les deux institutions fournissent des efforts méritoires, par ailleurs, pour « rentrer dans le rang » du droit commun. De toute évidence, la particularité des missions imparties à chacune de ces institutions ne peut leur permettre de s'aligner sur les autres services publics, plus classiques. Mais ces concessions dérogatoires ponctuelles ne peuvent ouvrir au maintien de pans entiers du fonctionnement institutionnel hors droit commun voire sans contrôle et ne peuvent cautionner des atteintes significatives injustifiées aux droits des individus accueillis.



CONCLUSION GENERALE

« [...] si je sais mal ce qu'est le droit dans une société,
je crois savoir ce que serait une société sans droit. »
Georges VEDEL, « Indéfinissable mais présent »,
Droits, PUF, 1990, p. 71

« Une société se juge à l'état de ses prisons » aurait affirmé Albert CAMUS tandis que Lucien BONNAFE considérerait qu'« on juge du degré de civilisation d'une société à la manière dont elle traite ses marges, ses fous et ses déviants. ». L'écho est troublant. Il est certain que les lieux extrêmes sont bien plus révélateurs que tout autre de l'authenticité ou non de l'ancrage des valeurs humanistes d'une société et des droits de l'homme, par essence les droits de tout individu. Néanmoins, l'étude qui s'achève ici nous amène à opter, pour notre part, pour un léger décalage de la remarque, n'invalidant d'ailleurs aucunement les deux autres : la manière de gérer la privation de liberté est révélatrice du degré de civilisation d'une société, de son état « psychique » pour reprendre l'audacieuse expression du Médiateur de la République³⁵²¹, de son assimilation et de sa foi dans les valeurs qu'elle revendique, en l'occurrence celles démocratiques et des droits de l'homme. Cela engage à la fois sa manière d'appréhender « fous » et délinquants, le champ d'action ne se réduisant plus aux seules institutions fermées mais englobant des manières plus innovantes et plus diversifiées de les suivre, de les punir ou de les soigner selon le cas, et la condition qui leur est effectivement faite à l'intérieur des institutions fermées, qui demeurent des lieux clos un peu en marge du Monde et, sur quelques plans encore, en marge du droit.

Ce sont pourtant les mots de Cornélius CASTORIADIS, qui aimait à rappeler qu'une société montre son degré de civilisation dans sa capacité à se fixer des limites³⁵²² qui, transcendant ces premières citations et réflexions, les ouvrent sur une nouvelle dimension. Dépassant le stade du constat, ces mots les ramènent à l'activisme dont elles portent implicitement l'incitation, un activisme qui peut notamment prendre une forme juridique, accompagner les institutions dans leurs progrès vers un plus grand respect de l'individu pris en charge sans pour autant délaisser le pan sécuritaire de leurs missions respectives, et les soutenir dans leur retour au droit commun, car c'est le Droit, précisément, qui, dans l'État de droit démocratique et fondé sur les droits de l'homme que se veut la France, devrait dès lors être garant de ces limites.

Rapporté à notre sujet, et notamment aux deux institutions totales, cela implique un terme mis à ce fonctionnement en microcosme autarcique en marge du système juridique commun, en considérant que par principe, ce qui est hors-norme joue sur l'exception et la transgression acceptée et ne peut donc plus se plier au jeu de la pose de limites. Sur ce premier point, nos analyses font ressortir un succès certain de cette évolution sociétale et institutionnelle, avec le rejet du paradigme de l'institution totalitaire et de sa marginalité juridique. Mais la capacité de se fixer des limites doit

³⁵²¹ F. FRESSOZ et C. PRIEUR, « Jean-Paul Delevoye : « Je suis inquiet, le chacun pour soi a remplacé l'envie de vivre ensemble » », *Le Monde* du 21/2/2010

³⁵²² Cf. J.-Cl. GUILLEBAUD, *Le principe d'humanité*, Paris, Ed. Du Seuil, coll. « Points », n° 1027, 2001, p. 504

pénétrer de manière effective toutes les institutions ou mode de gestion et aucune ne peut obtenir de brevet de compatibilité avec cette exigence par principe. Ainsi, le manteau du service public dont se revêtent les deux anciennes institutions totales ne peut leur offrir l'immunité juridique de ce nouveau titre. Le service public, qu'il soit pénitentiaire ou psychiatrique, doit demeurer sous l'oeil vigilant du juriste et respecter, lui aussi, les limites créées par le respect des droits de l'homme.

Or c'est bien cela qui est en danger dans les deux services publics étudiés, jouant des possibilités de dérogations pour se maintenir un certain nombre de prérogatives institutionnelles transgressant ces limites. Il ne s'agit pas dans notre propos de refuser des dérogations à un droit commun justement évaluées pour permettre un exercice efficient de leurs missions singulières et nécessitant une emprise sur la personne inacceptable dans des contextes normaux. La transgression des limites ne se joue pas là. Elle se joue à partir du moment où la dérogation n'est plus réellement nécessaire, où elle est le produit d'un relâchement de la vigilance juridique, d'un dysfonctionnement du système, d'une malice institutionnelle de la part des deux services publics étudiés. C'est donc l'intransigeance sur des principes-cadres et la vigilance quant à l'édiction de normes respectueuses de ces principes, c'est-à-dire l'entrée authentique des deux institutions privatives de liberté étudiées dans le système juridique de droit commun et sa hiérarchie des normes qui restent les garde-fous contre une évolution illusoire vers des institutions privatives de liberté réellement respectueuses du Droit.

Ce sont donc trois pièges auxquels est confronté le juriste et auxquels ce dernier est d'autant plus vulnérable qu'il se drape dans sa foi en une toute-puissance du Droit : les deux premiers pièges figurent dans le risque de légitimation sociale *de facto* du fonctionnement institutionnel et le risque de banalisation, par le droit lui-même, d'entorses inadmissibles à des principes fondamentaux protecteurs de l'individu. Le premier serait de penser qu'à partir du moment où les institutions rentrent dans le paradigme du service public tel qu'aujourd'hui défini, et par là-même dans le droit commun, elles y rentrent intégralement : ce serait l'immunité offerte à ces institutions par le simple fait qu'elles se parent du titre de service public. Ce serait donc oublier le *hiatus* entre la théorie et la pratique, plus exactement entre le discours et les faits ; ce serait omettre les possibilités d'instrumentalisation du droit par les institutions. Le deuxième serait, par le biais d'une assimilation excessive des dérogations au régime commun accordées à ces institutions, d'oblitérer leur nature alors même qu'elles doivent rester l'objet d'une interrogation constante sur leur légitimité. Ce serait de faire passer pour commun un régime mâtiné de prérogatives exorbitantes pouvant porter atteinte aux droits des individus et par là mêmes qui ne doivent pas être des acquis au long cours mais toujours en réévaluation potentielle par rapport aux avancées sociétales voire techniques et scientifiques. Le troisième piège serait de croire que toutes les difficultés soulevées par les institutions pénitentiaires et psychiatriques peuvent se résoudre par le droit et la réglementation pointilleuse. C'est tomber dans le leurre de l'hyper-normativisation, un leurre qui souligne bien le danger du phénomène quel que soit l'objectif recherché ; il renvoie habituellement aux systèmes totalitaires. Mais ici, ce n'est pas l'étouffement de l'individu qui est visé ; c'est, cette fois, la paralysie de l'institution qui se profilerait, due à la perte de toute autonomie et du jeu relationnel nécessaire pour éviter qu'elles n'implosent. Les individus pris en charge en pâtiraient autant que les personnels et le système institutionnel. L'enfer peut être pavé de bonnes intentions...

Ainsi, ce principe de la limite dont doit s'imprégner chaque institution n'est pas un retour au schéma du « modèle », il ne s'agit pas de revenir à une hypernormativité au sein de ces institutions ; ce paradigme a vécu. Mais c'est celui de la « règle » qui dévoile tous ses risques de nous abuser, de rejoindre finalement les caractères totalitaires et déshumanisants du « modèle », ceux qui ont précisément mené à son rejet et sa chute, par un dévoiement du paradigme et de ses mécanismes notamment en terme d'encadrement juridique. Or il trouve dans ce principe de la limite un cadre fécond et libéral pour la conciliation entre efficacité de l'institution d'une part et protection des droits et de la dignité des individus pris en charge d'autre part. La mise en application de la pensée du « *flou du droit* » justement maîtrisé, comme y appelle Mireille DELMAS-MARTY³⁵²³, une

³⁵²³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004 (1ère ed. Coll. « Les voies du droit », 1986), 388 p.

pensée juridique du multiple ordonné, à quoi l'auteur donne nom de « *pluralisme juridique ordonné* »³⁵²⁴, rejetant à la fois l'uniformisation et la dispersion écervelée, « *la sclérose et l'anarchie* »³⁵²⁵, est sans doute une piste primordiale pour parvenir à une intégration réussie de ces institutions aux missions si singulières dans le régime commun : un droit doté d'un cadre suffisamment précis et rigoureux sur sa limite pour conserver une harmonie de valeurs humanistes et en assurer le respect effectif sans nuances³⁵²⁶ mais, à l'intérieur de cette aire, un espace de dialogue suffisamment souple pour permettre les adaptations de la règle aux particularités de chaque institution et même des espaces, nettement définis, laissant place à des réponses non-juridiques, *infra jurem*.

Ceci peut permettre, d'abord, d'éviter une confrontation brutale risquant, ainsi que le rappelle Jean-Charles FROMENT pour les prisons, la justification vers un retour à l'ordre totalitaire par un repli auto-défensif de l'institution³⁵²⁷ ; car quoi qu'il arrivera, ces institutions auront toujours la force et les moyens de tourner les règles pour parvenir à ce repli. Leur conversion, pour être véritable et en profondeur, doit nécessairement être acceptée par elles. Il paraît donc plus intéressant et fécond de se permettre un contrôle et un encadrement de ces pratiques et normes *infra jurem* plutôt qu'une normativisme rigide et illusoire, contourné dans la réalité, hors contrôle cette fois, par des règles formées dans l'ombre par l'institution et ses acteurs.

Mais en outre, le processus doit être vu comme un enrichissement plutôt que comme une abdication. « *Il est temps de reconnaître le formel dans l'informel et l'informel dans le formel* » exhorte Boaventura de SOUSA SANTOS. « *Il s'agit [...]*», pour reprendre sa pensée, avec le concept de « *pluralité juridique* », « *[...] d'une conception de différents espaces juridiques superposés, combinés et mélangés dans nos esprits et nos actions, [...] dans la grisaille de la routine ou la monotonie de la vie quotidienne.* »³⁵²⁸ Ce sont les institutions et le droit jonglant entre plusieurs échelles – locales, nationales – et la naissance du concept d'« *interlégalité* »³⁵²⁹, cette vie entre les différents espaces juridiques et les différentes échelles, ces sauts de l'une à l'autre. La sociologie juridique ramène ainsi à un principe de réalité qu'il serait vain de se cacher mais aussi contre-productif de chercher à annihiler. « *Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements.* »³⁵³⁰

On passerait alors ici de la réglementation tatillonne et lacunaire à une régulation dûment pensée et ordonnée, avec l'objectif premier de la garantie des droits de l'homme pour les individus privés de liberté. L'humanité d'une mesure n'est en effet pas forcément là où on la croit, surtout dans un domaine comme l'institution psychiatrique où il s'agit de s'atteler à une maladie brouillant les cartes de la volonté et du subi ou de l'inconscient, ou dans celui de l'institution pénitentiaire, où les jeux de pouvoirs peuvent devenir aussi aliénants et pervers ; là encore, la question de la volonté et du subi se posent toujours au personnel face au détenu. Tout est jeu d'équilibre dans la liberté et l'individualisation de la mesure à chaque sujet, notamment dans des institutions ayant à gérer des problèmes de délinquance et de folie. Il ne s'agit pas, en effet, sous ce prétexte, d'offrir un blanc-

³⁵²⁴ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004 (1ère ed. Coll. « Les voies du droit », 1986), p. 17 et p.388

³⁵²⁵ *Idem* p. 388

³⁵²⁶ C'est précisément ce qui distingue « *le flou du droit* » du droit « *mou* » ou « *doux* », les deux traductions, sensiblement différentes dans leur contenu et deux concepts distincts pour l'auteur, du seul terme anglais de « *soft law* ». Il n'en reste pas moins que « *droit doux* » comme « *droit mou* » renvoient à la faiblesse du droit selon Madame DELMAS-MARTY, alors que le flou du droit sait garder la rigueur et son effectivité dûment sanctionnée par le juge des normes (M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004 (1ère ed. Coll. « Les voies du droit », 1986), p. 28 et comme preuve de la rigueur appliquée derrière la flexibilité offerte par la lettre du texte à interpréter et le concept, en droit européen, de « *marge nationale d'appréciation* » laissée aux Etats, pp. 371-378). C'est alors ce qui rend d'autant plus intéressant et pertinent ce concept par rapport au sujet qui nous occupe.

³⁵²⁷ J.-Ch. FROMENT, « Vers une prison de droit », *RSC* 1997, n°3, p. 552, renvoyant à G. BALANDIER, *Le désordre*, Paris, Fayard, coll. « Eloge du mouvement », 1988, p. 218

³⁵²⁸ B. de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n° 10, 1988, p. 382

³⁵²⁹ *Idem* p. 373

³⁵³⁰ *Idem* p.382

seing aux pratiques institutionnelles et aux personnels mais d'ouvrir des appréciations juridiques trop carrées, une vision appuyée uniquement sur une théorie juridique abstraite et généraliste, extraite de ces deux contextes. Le principe de la limite est aussi en amont un principe d'épuration de toutes les pratiques institutionnelles archaïques, demeurant par habitude et par facilité pour le fonctionnement institutionnel. C'est bien tout cela que nous apporte l'étude de l'évolution des institutions psychiatrique et pénitentiaire : savoir conserver une intransigeance sans faille sur les valeurs fondamentales et irréductibles de protection de l'individu, tout en sachant jouer de la souplesse et de la flexibilité juridique pour le reste ; une posture méthodologique autant que philosophique.

L'une des difficultés de ce travail, on l'a évoqué en introduction, a été l'extraordinaire labilité du Droit durant les derniers mois, une effervescence législative et réglementaire qui continue à bouillonner alors même que nous rédigeons ces lignes. C'est ainsi qu'après l'adoption, en novembre 2009, d'une loi pénitentiaire, si longtemps promise, et attendue pendant près de dix ans, qu'après la publication, dont on commençait à douter, de ses décrets d'application, fin décembre 2010, c'est la réforme de la loi de 1990 sur la psychiatrie qui s'engage. Une réforme à laquelle, là encore, on ne s'attendait pas il y a à peine deux ans et qui doit, si l'on en croit le projet soumis par le gouvernement, profondément réformer la manière d'aborder la question de l'HSC. Ce sont donc, en moins de trois ans, des réformes majeures, en tout cas sur le plan théoriques, qui viennent bousculer un droit longtemps resté assez inerte, et ce dans nos deux domaines d'intérêt. Ces modifications dans les textes n'augurent cependant pas de l'avenir et de l'ancrage réel de ces changements dans les faits, mais elles sont porteuses de sens...plus qu'on ne croit, sans doute. S'il faut donc observer avec une certaine réserve des textes qui risquent de relever davantage de l'effet d'annonce que de l'action, il faut néanmoins remarquer combien cet activisme s'inscrit dans une évolution sur plus long cours, plus discrète mais plus sûre. Son paradoxe peut être la peine qu'elle a à aboutir à ses fins. Ainsi, l'adage « les temps changent, le droit passe » trouve mal à s'appliquer ici tant les deux phénomènes ne semblent jamais parvenir à s'accorder, à bouger ensemble. L'un – tantôt les mœurs et les faits, tantôt le Droit et la théorie – précède toujours l'autre, dans un concert où chaque musicien tente de faire passer un *pathos* différent dans sa ligne musicale et où il manque un chef d'orchestre pour harmoniser l'ensemble ... mais où néanmoins, la partition reste commune. Les dissonances et désaccords soulignent au moins un phénomène, c'est la tentative, en arrière-fond, de jouer la même œuvre durant le même concert. Malgré ces déboires sur le plan du droit positif, nous empêchant, nonobstant nos efforts, de travailler au plus près du droit constant, l'économie de ce travail, portant sur une approche sociologique du droit, ne semble pas devoir être gravement troublée pour autant ; au contraire, même, ces dernières péripéties ne semblent que souligner une thèse soutenue toute au long de ce travail, elles s'inscrivent parfaitement dans l'évolution qui sert de trame à notre étude : l'avancée vers un double discours, prônant à la fois, d'un côté, la promotion des droits de l'homme pour tout individu, quel qu'il soit, et le rejet de l'enfermement au profit de modes de contrôle plus doux mais aussi plus insidieux et, de l'autre, la volonté d'une sécurité exacerbée, du risque et de la tolérance zéro, obligeant à l'adoption de mesures radicales telles que la rétention de sûreté, pour une garantie maximale contre les agissements subodorés de la part des individus concernés. Entre les deux, le chemin est étroit, toujours fondé sur l'exacerbation du contrôle des individus au titre de la protection du droit à la sécurité de chacun...

Ainsi, il est symptomatique de la société actuelle de parvenir à drainer en même temps les tenants d'un « *droit inaliénable à la folie* »³⁵³¹ et ceux d'une politique sécuritaire et ségrégative

³⁵³¹ Quoique, dans l'ouvrage d'Olivier CAYLA et Yan THOMAS (O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard/le débat, 2002, pp. 65-67), le terme folie soit pris dans sa définition courante et non médicale d'insensé, ne respectant pas les dogmes de la rationalité et de la logique. Mais il paraît mal-venu d'utiliser cette référence à la folie dans un ouvrage scientifique juridique et dont le ton est de traiter des sujets de manière non métaphorique pour faire l'apologie d'une liberté de pensée, dans la mesure où, précisément, la folie *stricto sensu* - dans sa réalité médicale - n'est pas une liberté ni même une faculté mais une maladie. Les auteurs dissertent sur un choix fait pour l'insensé, sur la construction d'un discours qui diffère de celui commun par le simple fait qu'il ne rentrerait pas dans les règles de la logique mais qui à la base serait volontaire, décidé par le sujet et conscient. Or, la folie ne se définit pas par la transgression mais d'abord par la non-maitrise originelle de l'acte ou de la pensée. L'oublier et réduire la folie à une porte ouverte sur la contestation est une idéalisation dangereuse de ce qui est souvent d'abord une souffrance. Il nous paraît ainsi malsain et inopportun de

exacerbée, identifiant, notamment folie à danger. La folie est d'abord une maladie aliénante, cette « pathologie de la liberté » comme l'analysait Henri EY, un véritable handicap pour la plupart des individus. Idéaliser le fou et la folie, n'y voyant qu'une force de création artistique ou le symbole d'une liberté totale d'être soi, de la lutte contre la standardisation des individus est un excès ; en cela les revendications d'un droit à la folie peuvent laisser perplexe³⁵³². Mais la folie sécuritaire amenant à considérer l'Autre d'abord avec suspicion voire comme un ennemi, au mépris de toute la logique solidaire et fraternelle inscrite jusque dans la devise nationale française apparaît jouer des mêmes disproportions. « *Ce n'est pas en enfermant son voisin que l'on se convainc de son propre bon sens* »³⁵³³ rappelait DOSTOIEVSKI, ni de sa sécurité pourrait-on rajouter. Un raisonnement parallèle trouve cours dans le domaine pénitentiaire avec l'opposition promotion des mesures alternatives à la prison et durcissement des peines pour toute une série de délinquances, à commencer par les récidivistes.

L'enfermement, la privation de liberté en tant que tels n'ont jamais été des solutions dans le cadre d'une politique sociétale d'ampleur et de long terme, c'est un lieu commun de le rappeler. C'est aussi un constat que celui de l'augmentation de l'enfermement et de la ségrégation dans les sociétés libérales, l'accès à une liberté toujours plus importante drainant la nécessité de s'assurer que cette liberté sera raisonnablement distribuée, sans danger, à des personnes sensées donc dûment sélectionnées. C'est cet emballement du système qu'il faut freiner, et changer de centre d'intérêt pour passer de la privation de liberté à la prise en charge bien comprise. C'est bien la mauvaise gestion, à courte vue et à peu de moyens, de cette face du système social qui amène à s'intéresser et utiliser, de manière excessive et inadéquate, sa face négative qu'est la privation de liberté. C'est aussi un véritable effort qui est demandé, de rationalisation de la pensée, obligeant à un retournement du schéma de pensée sécuritaire pour oser une politique solidaire, en apparence plus risquée car changeant nos repères en la matière. La sécurité passerait dans le lien social et non plus dans le repli sur soi et l'attitude défensive, avec là encore, le subtil équilibre à maintenir pour rester dans l'attention portée à l'Autre et ne pas glisser dans le contrôle social oppressant. Mais l'effort sera aussi de ne pas tomber dans le radicalisme inverse. Il ne s'agit pas de plaider pour l'éradication complète de l'enfermement, mais dans sa juste utilisation, à titre d'exception, parmi un panel d'autres prises en charge et sous des formes respectant les bornes des droits de l'Homme. Prendre ce chemin serait faire preuve d'un véritable courage citoyen, ne permettant pas le repos face à une crainte qui doit demeurer comme un aiguillon incessant de risquer d'enfreindre cette somme idéologique fondatrice que restent les droits de l'homme, mais resterait la voie la plus sûre pour donner, sans risque de dérive, à chacun, les moyens de s'épanouir dans la société de Tous.

*

* *

* * *

parler de la folie en terme de droit ou de liberté. Il s'agit d'un état. A partir du moment où la liberté de l'individu est garantie dans toutes ses composantes, où la standardisation des individus est clairement proscrite, la régulation d'une personne par rapport à sa folie, en fonction de ses souhaits de vie, de sa conception du bonheur etc. doit pouvoir se faire sans nécessiter un recours à la notion - pour certains proche de l'oxymore - de « droit d'être fou ».

³⁵³² Cf. au sujet de la pensée de Henri EY au sujet de la folie, développée sur l'ensemble de sa carrière de psychiatre praticien hospitalier, J.-C. COFFIN, « La réhabilitation de la folie dans l'oeuvre de Henri EY », dans P. F. DALED (coord.scientifique), *L'envers de la raison alentour de Canguilhem*, Paris, Vrin, 2008, pp. 141-156

³⁵³³ F. DOSTOIEVSKI, *Journal d'un écrivain*

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES DE JURISPRUDENCE

ET

TABLES NORMATIVES

TABLE DES MATIERES DE LA DOCUMENTATION UTILISE

Nous avons opté pour un double système de classement inspiré par notre sujet qui nous a obligé à aborder deux domaines principaux très différents : à un classement classique par types de documents, qu'il nous a semblé nécessaire de conserver, nous avons superposé une catégorisation thématique. Le classement suit l'ordre alphabétique du nom des auteurs, à l'exception des rapports parlementaires pour lesquels un classement chronologique a été préféré.

Il nous a par ailleurs semblé justifié de rajouter une table des jurisprudences, venant compléter les indications bibliographiques mentionnées en note de bas de page et permettant d'alléger ces dernières ; ce système nous a paru surtout plus aisé d'utilisation, l'ensemble des informations intéressantes concernant les références d'une décision de jurisprudence étant rassemblées et non éparpillées dans la thèse. Les mêmes raisons nous ont amené à élaborer une table des textes normatifs mentionnés dans ce travail. Dans les deux tables, le classement est opéré par type de textes ou de décisions uniquement, et par ordre chronologique à l'intérieur de chacune de ces catégories.

NB : Les dates de consultations des références internet indiquées sont celles des dates de dernière consultation, soit, en général, de la vérification de la validité des liens.

bibliographie	697
I. OUVRAGES	697
I.A. — OUVRAGES ET MANUELS SPECIALISES, MONOGRAPHIES ET THESES	697
<i>Autour de la psychiatrie</i>	<i>697</i>
<i>Autour de la prison</i>	<i>699</i>
<i>Autour de la peine</i>	<i>701</i>
<i>Autour du droit pénal et de la procédure pénale</i>	<i>701</i>
<i>Droit administratif</i>	<i>701</i>
<i>Autour de la notion de service public ; droit des services publics</i>	<i>702</i>
<i>Autour de l'institution médicale et du droit de la santé</i>	<i>703</i>
<i>Droit de la santé</i>	<i>703</i>
<i>Libertés fondamentales et protection des droits de l'Homme</i>	<i>704</i>
<i>Autres manuels et ouvrages généraux de droit public</i>	<i>704</i>
<i>Histoire du droit</i>	<i>704</i>
<i>Au croisement des domaines pénal et pénitentiaire et psychiatrie</i>	<i>705</i>
<i>Autres thématiques</i>	<i>705</i>
I.B. — TMOIGNAGES, ENQUETES, OEUVRES LITTERAIRES	705
<i>Autour de la psychiatrie</i>	<i>705</i>
<i>Autour de la prison</i>	<i>705</i>
<i>Au croisement des deux domaines</i>	<i>706</i>
I.C. — MELANGES ET RECUEILS D'ETUDES	706
I.D. — BROCHURES OFFICIELLES ET DOCUMENTS D'INFORMATION GRAND PUBLIC	706
<i>Autour de la prison</i>	<i>706</i>
<i>Concernant le système de santé</i>	<i>706</i>
I.E. — DOCUMENTS DE TRAVAIL	707
I.F. — DICTIONNAIRES JURIDIQUES ET DE PSYCHIATRIE	707
I.G. — ACTES DE COLLOQUES ET JOURNEES D'ETUDES	708
G.1. ACTES PUBLIES	708
<i>Autour de la psychiatrie</i>	<i>708</i>
<i>Autour de la prison et de la peine</i>	<i>708</i>
<i>Concernant les deux thématiques ou d'autres sujets</i>	<i>709</i>
G.2. ACTES ET COMMUNICATIONS ORALES NON PUBLIES, NOTES PERSONNELLES	709
<i>Autour de la psychiatrie</i>	<i>709</i>

<i>Autour de la prison et de la peine</i>	709
II. RAPPORTS OFFICIELS	710
II.A. — RAPPORTS AU GOUVERNEMENTS, RAPPORTS DE COMMISSIONS ET D'ORGANISMES OFFICIELS	710
<i>Autour de la prison : conditions de vie en prison, peine, droit pénal et</i> <i>droit pénitentiaire, procédure pénale</i>	710
<i>Autour de la psychiatrie</i>	712
<i>Concernant les deux domaines ou sur d'autres sujets</i>	713
II.B. — RAPPORTS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE OU DU SENAT	714
<i>Autour de la psychiatrie</i>	714
<i>Autour de la prison et de la peine</i>	714
<i>Autres sujets</i>	715
III. ARTICLES OU ENSEMBLES D'ARTICLES (DOSSIERS, DOSSIERS DE PRESSE) ET CONTRIBUTIONS	715
<i>Autour de la psychiatrie</i>	715
<i>Autour de la prison</i>	720
<i>Autour de la peine et du droit pénal</i>	726
<i>A propos de la rétention de sûreté</i>	728
<i>Au croisement entre prison et psychiatrie</i>	728
<i>Concernant les libertés publiques</i>	729
<i>Autour de la notion de service public et des droits de l'usager, droit du service public</i>	730
<i>Droit administratif</i>	731
<i>Droit de la santé, droits des malades</i>	732
<i>Droit des tutelles</i>	732
<i>Autres sujets</i>	733
IV. CONTRIBUTIONS A PROPOS DE JURISPRUDENCE	733
IV.A. CHRONIQUES	733
IV.B. COMMENTAIRES, OBSERVATIONS OU NOTES DE JURISPRUDENCE	733
<i>Autour de la psychiatrie</i>	733
<i>Autour de la prison et de la peine</i>	735
<i>Autour du droit administratif et des libertés publiques</i>	736
IV.C. CONCLUSIONS ET OBSERVATIONS DES RAPPORTEURS	737
<i>Autour de la psychiatrie</i>	737
<i>Concernant la prison</i>	737
<i>Concernant le droit administratif général et les libertés publiques</i>	737
V. SITES INTERNET	738
<i>Autour de la psychiatrie et du système de santé français</i>	738
<i>Autour du système pénitentiaire et de la peine</i>	738
<i>Concernant les deux thèmes ou d'autres sujets</i>	738
VI. EMISSIONS RADIOPHONIQUES ET TELEVISUELLES	739
VI.A. — EMISSIONS RADIOPHONIQUES	739
<i>Autour de la psychiatrie</i>	739
<i>Autour de la prison</i>	739
VI.B. — TELEVISION	739
<i>Emission télévisuelle</i>	739
<i>Films documentaires</i>	740
VII. EXPOSITION	740
VIII. DISCOURS OFFICIEL	740
TABLE DE JURISPRUDENCE	741
I. DECISIONS DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	741
I.A. — DECISIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE	741
I.B. — DECISIONS DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	741
II. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE	744
II.A. — DECISIONS DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS	744
II.B. — DECISIONS DES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL	745
II.C. — ARRETS ET AVIS DU CONSEIL D'ETAT	746
III. JURISPRUDENCE JUDICIAIRE	751

III.A. — DECISIONS DES COURS D'APPEL	751
III.B. — ARRETS DE LA COUR DE CASSATION	752
IV. DECISIONS DU TRIBUNAL DES CONFLITS	752
V. DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL	753
 TEXTES NORMATIFS.....	 755
I. LOIS.....	755
II. ORDONNANCES	758
III. DECRETS	758
IV. ARRETES.....	761
V. CIRCULAIRES	761

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

I.A. – Ouvrages et manuels spécialisés, monographies et thèses

– AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- AIMELET (Ph.), *Réflexion sur le travail des malades mentaux dans un hôpital psychiatrique*. Thèse de doctorat de médecine, Université de Nantes, 1969, 38 p. [thèse dactylographiée non publiée]
- ARTIERES (Ph.), LAE (J.-F.) (dir.), *L'asile aux fous, un lieu d'oubli*, Saint-Denis, Presses Universitaires de Vincennes, 2009, 129 p. [textes de ARTIERES (Ph.), BERT (J.-F.), COFFIN (J.-Ch.), COLUCCI (M.), LAE (J.-F.) et 32 photographies de Roger CAMAR, prises dans les années 1950]
- BASAGLIA (F.), *Psychiatrie et démocratie. Conférences brésiliennes*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « La Maison jaune », 2007, 222 p. [Recueil de conférences dispensées au Brésil en 1979]
- BERNARDET (Ph.), DOURAKI (Th.) et VAILLANT (C.), *Psychiatrie, droits de l'homme et défense des usagers en Europe*, Ramonville Saint-Agne, coll. « Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe », 2002, 356 p.
- BOUMAZA (A.), *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*. vol. I : *le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique*, Paris, éd. du CTNERHI, coll. « Point sur ... », 2002, 212 p. [ouvrage issu de la thèse de droit remaniée de l'auteur]
- BOUMAZA (A.), *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*. vol. II : *la protection de la personne hospitalisée*, Paris, éd. du CTNERHI, coll. « Point sur ... », 2002, 331 p. [ouvrage issu de la thèse de droit remaniée de l'auteur]
- BUELTZINGSLOEWEN (I. von), *L'hécatombe des fous. La famine dans les hôpitaux psychiatriques français sous l'Occupation*, Paris, Flammarion/Aubier, coll. « collection historique », 2007, 512 p.
- CABALLERO (R.), *Entre psychiatrie et prison. Réprimer ou soigner ?* [en ligne], Mémoire d'infirmier général, Rennes, Ecole Nationale de Santé Publique, 2001, 106 p. Disponible sur <http://ressources.ensp.fr/memoires/2001/ig/caballero.pdf>, consulté le 23/4/2011
- CAROLI (F.), *Hospitalisation psychiatrique. Ancienne et nouvelle loi*, Paris, PUF, coll. « Psychiatrie ouverte. Série Nodules », 1991, 122 p.
- CASTEL (R.), *La gestion des risques. De l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1981, 227 p.
- CASTEL (R.), *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1976, 334 p.
- CHAMPENOIS-MARMIER (M.-P.) et SANSOT (J.), *Droit, folie, liberté : la protection des malades mentaux : loi du 30 juin 1838*, Paris, PUF, 1983, 323 p.
- CLEMENT (Ph.), *La forteresse psychiatrique*, Paris, Flammarion-Aubier, 2001, 341 p.

- Code de déontologie médicale*, introduit et commenté par Louis RENE, Paris, Seuil, coll. « Points Essais » n°334, 1996, 205 p.
- COLDEFY (M.) (coord.), *La prise en charge de la santé mentale. Recueil d'études statistiques, De l'exposition, de la prison et de la peine de mort* Paris, La documentation Française, coll. « Etudes et statistiques », 2007, 316 p.
- COUPECHOUX (P.), *Un monde de fous. Comment notre société maltraite ses malades mentaux*, Paris, Seuil, 2006, 362 p.
- DESCARPENTRIES (F.), *Le consentement aux soins en psychiatrie*, Paris, L'Harmattan, coll. « Santé, sociétés et cultures », 2007, 169 p.
- DEVERS (G.), *Code des soins en santé mentale. Recueil des textes usuels à la pratique des soins en santé mentale choisis et commentés*, Rueil-Malmaison, Wolter Kluwer France/éd. Lamarre, 516 p.
- DUFAU (S.), *Le naufrage de la psychiatrie*, Paris, Albin Michel, 2006, 309 p.
- DUPONT (M.), *Soins sous contrainte en psychiatrie*, Paris, AP-HP/Doin Lamarre, coll. « Les guides de l'AP-HP », 2004, 162 p.
- ESQUIROL (J.-E. D.), *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical, hygiénique et médico-légal*, éd. J-B. Baillière, Paris, 1838, 2 tomes, 678 p. et 864 p.
- FOUCAULT (M.), *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, coll. « tel », 2007 (1ère éd. : 1972), 688 p.
- FOUCAULT (M.), *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France. 1973-1974*, Seuil/Gallimard, coll. « Hautes études », 2003, 399 p.
- FRIARD (D.), *L'isolement en psychiatrie : séquestration ou soin ?*, Paris, Masson, coll. « Souffrance psychique et soins », 2002, 221 p.
- FRIDE (A.), *Charenton ou la chronique de la vie d'un asile de la naissance de la psychiatrie à la sectorisation*, [en ligne], Paris, EHESS, thèse pour le doctorat de troisième cycle en psychologie Université de Paris V, 1983 (correction et références mises à jour en août 2008) , 145 p. Disponible sur <http://psychiatrie.histoire.free.fr/hp/charenton/afride.pdf>, consulté le 23/4/2011
- GAUCHET (M.) et SWAIN (G.), *La pratique de l'esprit humain. L'institution asilaire et la révolution démocratique*, Paris, Gallimard, coll. « tel », 2007 [avec préface inédite de Marcel GAUCHET] (1ère éd. : 1980), 519 p.
- GODFRYD (M.), *Le droit de la santé mentale par les textes*, Thoiry, éd. Heures de France, 2000, 461 p.
- GODFRYD (M.), *Textes de droit de la psychiatrie*, Paris, PUF, coll. « Médecine et société », 1999, 127 p.
- GOFFMAN (E.), *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, 1961, Paris, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1968 pour la trad. française [présentation de R. CASTEL], 447 p.
- GONGGRYP (Th.), *L'hospitalisation sous contrainte du patient majeur malade mental : la légitimité d'une institution attentatoire aux libertés*, thèse de doctorat de droit public, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 2007, 481 p.
- GROS (F.), *Foucault et la folie*, Paris, PUF, coll. « Philosophies », 1997, réimp. 2004, 126 p.
- LEJOYEUX (M.), *Addictologie*, Issy-les-Moulineaux, Elsevier Masson, coll. « Abrégés », 2009, 324 p.
- MEYERS (Cl.), *Les lieux de la folie. D'hier à demain dans l'espace européen*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « Des travaux et des jours », 2005, 172 p.
- MINISTERE DE L'INTERIEUR, *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, Paris, Berger-Levrault, 1880-1884, 3 vol. 256 p., 559 p., 400 p. disponible en ligne sur Gallica, <http://gallica.bnf.fr/>, consulté le 23/4/2011 [Tome I : Aliénés : recueil des lois, décrets et circulaires ministérielles (1790-1879) ; Tomes II et III : Aliénés : discussion de la loi sur les

aliénés à la Chambre des députés et à la Chambre des Pairs (1837-1838)]

OLIE (J.-P.) et SPADONE (Ch.), *Les nouveaux visages de la folie*, Paris, éd. Odile Jacob, coll. « Médecine », 1993, 317 p.

OURY (J.), *Onze heures du soir à La Borde. Essai sur la psychothérapie institutionnelle*, Paris, Galilée, 1980, 412 p.

OURY (J.), DEPUSSÉ (M.), *A quelle heure passe le train... Conversations sur la folie*, Paris, Calmann-Lévy, coll. « Petite bibliothèque des idées », 2003, 318 p.

OURY (J.), GUATARRI (F.), TOSQUELLES (F.), *Pratique de l'institutionnel et politique*, Vigneux, Matrice, coll. « PI », 1985, 165 p.

PALAZZOLO (J.), *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, Paris Masson, coll. « Médecine et psychothérapie », 2002, 226 p.

PALAZZOLO (J.) (dir.), *Informé le patient en psychiatrie. Rôle de chaque intervenant : entre légitimité et obligation*, Paris, Masson, coll. « Médecine et psychothérapie », 2003, 278 p.

POSTEL (J.), QUETEL (Cl.) (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, Dunod, 2002 [éd. revue et augmentée] (1ère éd. : 1994), 672 p.

POSTEL (J.), QUETEL (Cl.) (dir.), *Nouvelle histoire de la psychiatrie*, Paris, Dunod, 2004 [éd. actualisée] (1ère éd. : 1994), 647 p.

PREVAULT (J.), *L'internement administratif des aliénés*, Paris, LGDJ, 1955, 383 p. [issu de la thèse remaniée de doctorat de droit, Université de Rennes, 1953]

PROLONGEAU (H.), *La Cage aux fous*, Paris, E.J.L., coll. « Libro », 2002, 90 p.

QUETEL (Cl.), *Histoire de la folie de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Tallandier, 2009, 620 p.

SENNINGER (J.-L.), FONTAÀ (V.), *Les unités pour malades difficiles*, Thoiry, Heures de France, 1994, 144 p.

SOCIÉTÉ D'HISTOIRE DES HOPITAUX DE L'OUEST, *L'hôpital Saint-Jacques*, Montreuil-Bellay, éd. CMD, coll. « Mémoire d'une ville », 1999, 104 p.

YACINE (J.-L.), *La folie à l'âge démocratique ou L'après – Foucault*, Nîmes, Champ social et Théétète éditions, coll. « Essais », 2004, 82 p.

— AUTOUR DE LA PRISON

ALLINNE (J.-P.), *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXI^e siècle. Tome 2 : Le temps des doutes, 1920-2004*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité de sciences criminelles », 2004, 304 p.

BADINTER (R.), *La prison républicaine*, Paris, Fayard, 1992, 430 p.

BELDA (B.), *Les droits de l'Homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse de doctorat de droit public, Université de Montpellier I, 2007, 665 p. [thèse dactylographiée]

BONNARDOT (L.), *Enjeux éthiques du mode d'accès aux soins en situation d'isolement. Si proche, si loin. Difficultés d'accès aux soins spécialisés en milieu pénitentiaire. Intérêt discuté des TIC pour les soignants* [en ligne], Mémoire de Master d'éthique médicale, Université René Descartes (Paris V), 2005, 141 p. Disponible sur <http://www.ethique.inserm.fr/inserm/ethique.nsf/AllDocumentsByUNID/850C546E8A80518EC12570EA0059EC87> consulté le 23/4/2011

CARLIER (Ch.), *Histoire de Fresnes, prison « moderne ». De la genèse aux premières années*, Paris, Syros et La Découverte, coll. « Histoire de », 1998, 270 p.

CARLIER (Ch.), *Histoire du personnel des prisons françaises du XVIII^e siècle à nos jours*, Ivry-sur-Seine, Éditions de l'Atelier, coll. « Champs pénitentiaires », 1997, 261 p.

CASTAN (N.) et ZYSBERG (A.)/ PETIT (J.G.) (dir.), *Histoire des galères, bagnes et prisons en*

- France de l'Ancien Régime*, Toulouse, éd. Privat, coll. « Hommes et communautés », 2002, 221 p.
- CERE (J.-P.), *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques. Science criminelle », 1999, 400 p. [issu de la thèse de doctorat de droit pénal de l'auteur]
- CERE (J.-P.), *Droit disciplinaire en prison*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité de Sciences Criminelles », 2001, 125 p.
- CHRISTIE (N.), *L'industrie de la punition. Prison et politique en Occident*, Paris, Autrement, coll. « Frontières », 2003 [éd. originale, 1993], 219 p.
- CLIGMAN (O.), GRATIOT (L.), HANOTEAU (J.-Ch.), *Le droit en prison*, Paris, Dalloz, coll. « Etats de droits », 2001, 341 p.
- COMBESSIE (Ph.), *Prisons des villes et des campagnes. Etude d'écologie sociale*, Paris, Les Editions de l'Atelier/Editions ouvrières, coll. « Champs pénitentiaires », 1996, 238 p. [issu de la thèse de doctorat de sociologie de l'auteur]
- COMBESSIE (Ph.), *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2004 (1ère éd. : 2001), 122 p.
- ENDERLIN (C. S.), *Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté. D'un droit de la prison aux droits des condamnés*, thèse de doctorat de droit privé et sciences criminelles, Université de Paris Ouest Nanterre-La Défense (Paris X), 2008, 577 p.
- FAVARD (J.), *Les prisons*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », 1994, 126 p.
- FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, coll. « tel » n° 225, 2005 (1ère éd. : 1975), 360 p.
- FOUCAULT (M.), *Dits et écrits. 1954-1988*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Tome II : 1970-1975, 1994, 837 p.
- HERZOG-EVANS (M.), *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1998, 632 p.
- LEVY (Th.), *Nos têtes sont plus dures que les murs des prisons*, Paris, Grasset, 2006, 84 p.
- OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Les conditions de détention en France. Rapport 2005*, Paris, La Découverte, 2005, 285 p.
- OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Le guide du prisonnier*, Paris, La Découverte, coll. « Guides », 3e éd., 2004, 564 p.
- PECHILLON (E.), *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 204, 1998, 627 p. [issu de la thèse de doctorat de droit public de l'auteur]
- PEDRON (P.), *La prison et les droits de l'homme*, Paris, LGDJ/EJA, 1995, 131 p.
- PETIT (J.-G.), *Ces peines obscures. La prison pénale en France 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990, 749 p. [issu de la thèse de doctorat d'Etat de l'auteur, Université d'Angers, 1988]
- PETIT (J.-G.), FAUGERON (Cl.), PIERRE (M.), *Histoire des prisons en France (1789-2000)*, Toulouse, éd. Privat, coll. « Hommes et communautés », 2002, 254 p.
- La prison vue de l'intérieur. Regards de ceux qui travaillent derrière les murs*, Paris, Albin Michel, 2007, 363 p.
- SEYLER (M.), *L'isolement en prison. L'un et le multiple*, Paris, CESDIP, coll. « Etudes et données pénales » n° 60, 1990, 163 p.
- TOCQUEVILLE (A. de), *Oeuvres Complètes*, tome IV : Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger, rééd. 1984, 2 vol., 585 p. et 373 p.
- VIMONT (J.-Cl.), *La prison. A l'ombre des hauts murs*, Paris, Gallimard, coll. « Découvertes », 2004, 125 p.

VOGEL (M.), *Contrôler les prisons. L'inspection générale des services administratifs et l'administration pénitentiaire 1907-1948*, Paris, la Documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 1998, 192 p.

— AUTOUR DE LA PEINE

DANET (J.), GRUNVALD (S.), HERZOG-EVANS (M.) et LE GALL (Y.) (GIP MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE), *Prescription, amnistie et grâce en France. Rapport final*, Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin et Université de Nantes, mars 2006, 448 p. [aujourd'hui édité aux éditions Dalloz, 2008]

SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, 287 p.

— AUTOUR DU DROIT PENAL ET DE LA PROCEDURE PENALE

BOULOC (B.), *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2005, 508 p.

DANET (J.), *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, coll. « folio. Le Monde actuel », 2006, 393 p.

DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.), *Le nouveau droit pénal*, Paris, Economica, coll. « Droit pénal », tome 1 : Droit pénal général, 6e éd., 1999, 933 p.

HERZOG-EVANS (M.), *Droit de la sanction pénitentiaire*, Paris, Dalloz, 2004, coll. « Dalloz référence », 454 p.

KRYNEN (J.) (dir.), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 1999, 278 p.

LAINGUI (A.), LEBIGRE (A.), *Histoire du droit pénal II. La procédure criminelle*, Paris, Cujas, coll. « Synthèse », 1988, 158 p.

MASSE (M.), JEAN (J.-P.), GIUDICELLI (A.) (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, 400 p.

PONCELA (P.), *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 2e éd. 2001 (1ère éd. : 1995), 479 p.

PRADEL (J.), *Le juge d'instruction*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit. Droit privé », 1996, 97 p.

PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, Cujas, coll. « Manuels », 11e éd. 2002 [revue et augmentée] (1ère éd. : 1976), 890 p.

PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, Cujas, coll. « Manuels », 14e éd. 2008 [revue et augmentée] (1ère éd. : 1976), 1010 p.

TULKENS (F.), KERCHOVE (M. Van de), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique et E. Story-Scentia, coll. « A la rencontre du droit », 1999, 669 p.

— DROIT ADMINISTRATIF

BLANCPAIN (F.), *La formation historique de l'acte administratif unilatéral*, thèse de doctorat de droit public, Université Paris II, 1979, 310 p. [thèse dactylographiée non publiée]

CARRE de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, CNRS, 1962 [réimpr. en fac-similé de l'éd. Sirey de 1922], tome II, 638 p.

CARRE de MALBERG (R.), *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », rééd. 2007 [édition originale de 1933 aux éditions Sirey], 174 p.

CASSIA (P.), *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2003, 198 p.

- CHAPUS (R.), *Droit contentieux administratif*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 11e éd. 2004, 1433 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Tome I, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 13e éd. 1999, 1356 p.
- CHAPUS (R.), *Droit administratif général. Tome 1*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public », 15e éd. 2001, 1427 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, 319 p. [publication de thèse de doctorat de droit public]
- COMBEAU (P.), *L'activité juridique interne de l'administration. Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse de doctorat de droit public, Université de Bordeaux, 2000, 633 p. [thèse dactylographiée non publiée]
- DEBBASCH (Ch.), *Institutions et droit administratifs. Tome 2 : L'action et le contrôle de l'administration*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit », 1992, 551 p.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. E. de BOCCARD, 3e éd. 1928, Tome 2, 888 p.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 61, 1964, 582 p. [issu de sa thèse de doctorat de droit, Paris, 1962]
- FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien/Lextenso éditions, 5e éd. 2008, 547 p.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 12e éd. 2002 [réimpr. en fac-similé de l'éd. Sirey de 1933], 1150 p.
- LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, LGDJ, rééd. 1989 [1ère éd. Berger-Levrault, 1887-1888], 2 vol., 670 et 675 p.
- LEBRETON (G.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz. Série droit public », 4e éd. 2007, 563 p.
- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 12e éd. 1999, 894 p.
- MODERNE (F.), *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse de doctorat de droit public, Université de Bordeaux, 1960, 4 tomes, 131 p., 247 p., 227 p., 142 p.
- MOREAU (J.), *Droit administratif*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, 569 p.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Tome I, rééd. 2007, 1049 p.
- RIVERO (J.), *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1934, 403 p. [Issu de la thèse de doctorat de droit, Université de Paris, 1934]
- VENEZIA (J.-Cl.), *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, JGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », tome 17, 1958, 175 p. [Issu de la thèse de doctorat de droit, Université de Paris, 1956]

— AUTOUR DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ; DROIT DES SERVICES PUBLICS

- BOIS de GAUDUSSON (J. du), *L'usager du service public administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1974, tome 115, 318 p. [issu de la thèse remaniée de doctorat de droit public, Bordeaux, 1967]
- CHEVALLIER (J.), *Le service public*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » n°2359, 5e éd. 2003 [refondue] (1^{ère} éd. : 1987), 127 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, coll. « Droit et société. Série politique », vol. 35, 3e éd. 2008, 261 p.

- CLUZEL-METAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 52, 2006, 634 p. [issu de la thèse de doctorat de droit public remaniée de l'auteur]
- DIRECTION GENERALE DE L'ADMINISTRATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUE, *La charte de services publics*, Paris, Direction générale de l'administratiuon et de la fonction publique, 1992, 85 p.
- DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, thèse de doctorat de droit public, Université de Panthéon-Assas (Paris II), 2002, 744 p. [thèse dactylographiée]
- ESPLUGAS (P.), *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, LGDJ/EJA, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », tome 80, 1994, 321 p. [issu de la thèse remaniée de doctorat de droit public, Toulouse I, 1993]
- ESPLUGAS (P.), *Le service public*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2e éd. 2002, 132 p.
- GUGLIELMI (G.J.), KOUBI (G.) [avec la collaboration de G. DUMONT], *Droit du service public*, Paris, Montchrestien/EJA, coll. « Domat droit public » 2e éd. 2007, 751 p.
- LACHAUME (J.-F.), BOITEAU (Cl.), PAULIAT (H.), *Grands services publics*, Paris, Armand Colin/Dalloz, coll. « U », 2e éd., 2000, 454 p.
- LINOTTE (D.), ROMI (R.), *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4e éd. 2001, 450 p
- MAILLARD DESGREES DU LOU (D.), *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Droit public », 2000, 567 p.
- PISIER-KOUCHNER (E.), *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972, 316 p. [Issu de la thèse de doctorat en droit public de l'auteur, Paris II, 1970]

— AUTOUR DE L'INSTITUTION MEDICALE ET DU DROIT DE LA SANTE

- DAUBECH (L.), *Le malade à l'hôpital. Droits, garanties et obligations*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « Action Santé », 2000, 1162 p.
- HOERNI (B.), BENEZECH (M.), *L'information en médecine. Evolution sociale, juridique, éthique*, Paris, Masson, coll. « Abrégés », 1993, 135 p.
- HOERNI (B.), SAURY (R.), *Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine*, Paris, Masson, coll. « Abrégés », 1998, 156 p.
- JAUNAIT (A.), *Comment pense l'institution médicale ? Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005 , 366 p. [issu de la thèse remaniée de doctorat de science politique, Institut d'Etudes Politiques de Paris, juillet 2004]
- MALICIER (D.), MIRAS (A.), FEUGLET (P.), FAIVRE (P.), *La responsabilité médicale. Données actuelles*, Paris/Lyon, Editions ESKA et éditions Lacassagne, 2e éd. 1999, 365 p.
- PONCHON (F.), *Les droits des patients à l'hôpital*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » n°3530, 2002 [éd. mise à jour] (1^{ère} éd. : 1999), 127 p.

— DROIT DE LA SANTE

- CLEMENT (J.-M.), *Droit des malades et bioéthique*, Paris, Berger-Levrault, coll. « B.-L.Santé », 1996, 183 p.
- DUPONT (M.), BERGOIGNAN-ESPER (Cl.), PAIRE (Ch.), *Droit hospitalier*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 7e éd. 2009, 931 p.
- LAUDE (A.), MATHIEU (B.) TABUTEAU (D.), *Droit de la santé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2e éd. 2009 [mise à jour] (1^{ère} éd. : 2007), 726 p.
- LAUDE (A.), MATHIEU (B.) TABUTEAU (D.), *Droit de la santé*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2007, 686 p.

TRUCHET (D.), *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, coll. « Mémentos Dalloz », 7e éd. 2009, 270 p.

— LIBERTES FONDAMENTALES ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos poche », 2008, 1074 p.

CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (Th.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 14e éd. 2008, 860 p.

COHEN-JONATHAN (G.), *Aspects européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux. Examen d'entrée au CRFPA*, Paris, Montchrestien, coll. « Préparation au CRFPA », 3e éd. 2002, 261 p.

DECAUX (E.), PETTITI (L.-E.), IMBERT (P.-H.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2e éd. 1999 (1^{ère} éd. : 1995), 1230 p.

DENQUIN (J-M.), *Les droits politiques*, Paris, Montchrestien, coll. « Préparation au CRFPA », 1996, 205 p.

FIALAIRE (J.), MONDIELLI (E.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, coll. « Universités droit », 2005, 558 p.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Armand Colin, coll. « U », 5^e éd. 2001 (1^{ère} éd : 1995), 527 p.

LUCHAIRE (F.), *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, 501 p.

ROUSSEAU (D.), *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrestien, coll. « Préparation au CRFPA », 1998, 107 p.

WACHSMANN (P.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, coll. « Cours Dalloz. Série droit public », 5e éd. 2005, 676 p.

— AUTRES MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX DE DROIT PUBLIC

CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 4e éd. 2007 [mise à jour] (1986), 628 p.

MELLERAY (F.), *Droit de la fonction publique*, Paris, Economica, coll. « Corpus. Droit public », 2005, 365 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, éd. PUF, coll. « Droit fondamental. Droit international et communautaire », 9e éd. 2008 (1^{ère} éd. : 1989), 843 p.

— HISTOIRE DU DROIT

BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, éd. PUF, coll. « Droit fondamental. Droit administratif », 2002, 390 p.

BIGOT (G.), *L'administration française, politique, droit et société. Tome I : 1789-1870*, Paris, Litec-LexisNexis, 2010, 361 p.

BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit public », 1995, 494 p.

BURDEAU (F.), *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2e éd. 1994, 377 p.

CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental. Droit pénal », 2e éd. 2006 [refondue] (1^{ère} éd. : 2000), 486 p.

— AU CROISEMENT DES DOMAINES PENAL ET PENITENTIAIRE ET PSYCHIATRIQUE

- BRODEUR (J.) (dir.), *La mémoire des anneaux. Sept siècles d'enfermement au château d'Angers*. Catalogue de l'exposition au château d'Angers (oct 2003-avril 2005), Monum', 2003, 82 p.
- DAVID (M.), *Psychiatrie en milieu pénitentiaire*, Paris, PUF, coll. « Psychiatrie ouverte. Série Nodules », 1993, 127 p.
- SENON (J.-L.), *Psychiatrie de liaison en milieu pénitentiaire*, Paris, PUF, coll. « Médecine et santé », 1998, 127 p.
- TERQUEM (S.), *La prise en charge de la santé mentale des détenus : l'exemple de Paul Guiraud à Villejuif*, Mémoire directeur d'hôpital, Rennes, ENSP, 2004, 63 p.
Disponible sur <http://www.bdsp.ehesp.fr/Base/319194/>, consulté le 23/4/2011

— AUTRES THEMATIQUES

- BECK (U.), *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion-Aubier, coll. « Champs », 2001 (trad. Française. 1986 pour l'édition originale allemande), 521 p.
- BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, Montchrestien-Lextenso éd., coll. « Domat droit public », 7e éd 2009, 740 p.
- CANGUILHEM (G.), *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Grands textes », 1966, reimp. 2007, 224 p.
- CASTEL (R.), *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, coll. « La République des idées », 2003, 95 p.
- CAYLA (O.), THOMAS (Y.), *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard/Le Débat, 2002, 175 p.
- CHOAY (F.), *La règle et le modèle. Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Paris, Seuil, rééd. 1996 [éd. revue et corrigée] (1^{ère} éd. : 1980), 378 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004 (1^{ère} éd. dans la coll. « Les voies du droit », 1986), 388 p.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil. Introduction générale*, Paris, LGDJ/EJA, 3e éd. 1990, 821 p.
- GUILLEBAUD (J.-Cl.), *Le principe d'humanité*, Paris, Seuil, coll. « Points » n° P 1027, 2001, 505 p.
- RENARD (G.), *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, 639 p.
- SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, coll. « Folio actuel », 2000, 320 p.

I.B. — Témoignages, enquêtes, oeuvres littéraires

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- ALTHUSSER (L.), *L'avenir dure longtemps*, Paris, Stock/IMEC, 1992, 355 p.
- BAZIN (H.), *La tête contre les murs*, Paris, Grasset, coll. « Le livre de poche », réimp. 1964 (1^{ère} éd. : 1949), 435 p.
- LONDRES (A.), *Chez les fous*, Paris, Le serpent à plumes, coll. « motifs » n°44, rééd. 2006 (1^{ère} éd. : 1999), 162 p.
- PONET (B.), *L'ordinaire de la folie. Une infirmière engagée en psychiatrie*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2006, 110 p.

— AUTOUR DE LA PRISON

- GUENO (J.-P.) (dir.), *Paroles de détenus*, Paris, EJL, coll. « Libro. Document », 2000, 189 p.

LUCAS (Cl.), *Suerte. L'exclusion volontaire*, Paris, Plon, coll. « Terre humaine », rééd. 2002 (1^{ère} éd. : 1995), 491 p.

NIAUSSAT (M.), *Prisons de la honte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1998, 140 p.

PEREGO (L.), *Retour à la case prison*, Paris, Les Editions Ouvrières, 1990, 280 p.

VASSEUR (V.), *Médecin-chef à la prison de la Santé*, Paris, Le Cherche midi, coll. « Le livre de poche », 2000, 216 p.

— AU CROISEMENT DES DEUX DOMAINES

HERSZBERG (C.), *Fresnes, histoires de fous*, Paris, Seuil, 2006, 185 p.

I.C. — Mélanges et recueils d'études

ARTIERES (Ph.), LASCOUMES (P.) (dir.), *Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Science Po, 2004, 360 p.

CURAPP, *L'institution*, Paris, PUF, coll. « Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie », 1981, 411 p.

DALED (P. F.) (coord. scient.), *L'envers de la raison, alentour de Canguilhem*, Paris, Vrin, coll. « Annales de l'institut de philosophie de Bruxelles », 2008, 192 p.

FOLSCHEID (D.), FEUILLET-LE MINTIER (B.), MATTEI (J.-F.) (dir.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, PUF, coll. « Thémis. Philosophie », 2004 (1^{ère} éd. : 1997), 605 p.

GUGLIELMI (G.J.) (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2004, 444 p.

PERROT (M.), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIXe siècle*, Paris, Seuil, coll. « L'univers historique », 1980, 318 p.

I.D. — Brochures officielles et documents d'information grand public

— AUTOUR DE LA PRISON

CROIX-ROUGE FRANCAISE, *Agir en milieu carcéral, une urgence sociale*, Paris, Croix-Rouge, coll. « Actions prisons », 6 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Les règles pénitentiaires européennes, une charte d'action pour l'AP*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 2007, 15 p. Disponible sur le site de l'ANVP, http://www.anvp.org/offres/file_inline_src/58/58_P_2792_2.pdf, consulté le 23/4/2011

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Le savez-vous. Droits et devoirs de la personne détenue*, Paris, Ministère de la Justice, janvier 2009, 91 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *L'enseignement en prison*, Paris, Ministère de la Justice, 2008, 3 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Les chiffres clés de l'Administration pénitentiaire au 1er janvier 2009*, Paris, Ministère de la Justice, 2009, 15 p.

MINISTERE DE LA SANTE ET DE LA PROTECTION SOCIALE, MINISTERE DE LA JUSTICE, *Guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes détenues*, [en ligne], sept. 2004, 177 p. Disponible sur le portail du Ministère du travail de l'emploi et de la santé, <http://www.sante.gouv.fr/guide-methodologique-relatif-a-la-prise-en-charge-sanitaire-des-personnes-detenees-et-a-leur-protection-sociale.html>, consulté le 23/4/2011

— CONCERNANT LE SYSTEME DE SANTE

MINISTERE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITE ET DE LA VILLE, MINISTERE DE LA SANTE ET DES SPORTS, *Inspection*

générale des affaires sociales (IGAS), [en ligne], 2009, 21 p. Disponible sur le site de l'IGAS, <http://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/complet210809.pdf>, consulté le 23/4/2011

MINISTERE DU TRAVAIL, DES RELATIONS SOCIALES, DE LA FAMILLE, DE LA SOLIDARITE ET DE LA VILLE et MINISTERE DE LA SANTE ET DES SPORTS , *Zoom sur l'IGAS en chiffres*, [en ligne], juin 2009, 2 p. Disponible sur le site de l'IGAS <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/chiffres010709.pdf>, consulté le 23/4/2011

I.E. – Documents de travail

AGENCE NATIONALE D'ACCREDITATION ET D'EVALUATION EN SANTE (ANAES). SERVICE EVALUATION EN ETABLISSEMENTS DE SOINS, *Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé. L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, [en ligne], juin 1998, 97 p. Disponible sur le site de l'HAS, <http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/CHISOL.pdf>, consulté le 23/4/2011

AGENCE NATIONALE D'ACCREDITATION ET D'EVALUATION EN SANTE (ANAES), *Indications et modalités de l'électroconvulsivothérapie. Texte des recommandations*, Paris, ANAES, janvier 1998, 14 p.

HAUTE AUTORITE DE SANTE, DIRECTION DE L'AMELIORATION DE LA QUALITE ET DE LA SECURITE DES SOINS, *Manuel de certification des établissements de santé, V2010*, [en ligne], novembre 2008, 84 p. Disponible via le portail de la Société française de chirurgie orthopédique et traumatologique (SOFOT), <http://www.sofcot.fr/Data/ModuleGestionDeContenu/application/782.pdf>, consulté le 23/4/2011

HAUTE AUTORITE DE SANTE. SERVICE DES RECOMMANDATIONS PROFESSIONNELLES, *Recommandations pour la pratique clinique. Modalité de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux*, [en ligne] avril 2005, Saint-Denis La Plaine, Haute Autorité de Santé, 102 p. Disponible sur le site de la HAS, http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/Hospitalisation_sans_consentement_recos.pdf, consulté le 23/4/2011

HAUTE AUTORITE DE SANTE, Guide méthodologique. *Elaboration d'un document écrit d'information à l'intention des patients et des usagers du système de santé*, [en ligne] juin 2008, Disponible sur le site de la HAS, http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/elaboration_doc_info_patients_rap.pdf, consulté le 23/4/2011

I.F. – Dictionnaires juridiques et de psychiatrie

BEZIZ-AYACHE (A.), *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, Paris, Ellipses, 4^e éd. 2008 [enrichie et mise à jour], 313 p.

CORNU (G.), ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Dicos Poche », 8e éd. 2007 [mise à jour] (1^{ère} éd. : 1987), 986 p.

GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.) (dir.), *Lexique des termes juridiques 2010*, Paris Dalloz, 17e éd. 2009, 769 p.

JUILLET (P.), *Dictionnaire de psychiatrie*, Paris, éd. Conseil International de la Langue Française (CILF), coll. « Dictionnaire de l'Académie de médecine », 2000, 415 p.

PEDROT (Ph.) (dir.), CADEAU (E.), LE COZ (P.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Ellipses, 2006, 476 p.

VAN LANG (A.), GONDUIN (G.), INSERGUET-BRISSET (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 5e éd. 2008, 440 p.

I.G. – ACTES DE COLLOQUES ET JOURNEES D'ETUDES

G.1. Actes publiés

– AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- BOKOBZA (H.) (dir.), *En dépit des Etats généraux, la psychiatrie en péril*, Ramonville Saint-Agne, coll. « Etudes, recherches, cations en santé mentale en Europe », 2006, 207 p.
- BONNAFE (L.), LE GUILLANT (L.) et MIGNOT (H.), *Problèmes posés par la chronicité sur le plan des institutions psychiatriques*, [Rapport du 62e congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française tenu à Marseille du 7 au 12 septembre 1964], Paris, Masson et cie, 1964.
- DELION (P.) (dir.), *La Chronicité en psychiatrie aujourd'hui ; historicité et institution*, [Actes des Journées nationales de la psychothérapie institutionnelle des 12 et 13 décembre 2002 à Angers], Ramonville Saint-Agne, Erès, 2004, 174 p.
- HERT (M. de), PEUSKENS (J.), THYS (E.), VIDON (G.) (coord.), *Raisonnement la déraison. Le monde de la schizophrénie*, Paris/Bruxelles, Frison-Roche et EPO, 2000, 247 p.
- Questions à la « révolution psychiatrique »*. Actes de colloques [1999] ; cycle « Tumulte et silences de la psychiatrie », Bron, éd. du Vinatier, 2001, 95 p.
- MINARD (M.) (dir.), *Folie et psychiatrie*, [Actes des quatrième Journées de psychiatrie de Dax, décembre 1995], Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997, 174 p.
- SASSOLAS (M.) (sous la direction de), *Malaise dans la psychiatrie. Changements dans la clinique, malentendus dans les pratiques*, [Actes du XIe cours international sur les techniques de soins en psychiatrie de secteur organisé par l'Association Santé mentale et communautés du 19 au 22 mars 2002 à Villeurbanne], Ramonville Saint-Agne, éd. Erès, coll. « Santé Mentale », 2004, 206 p.
- VACHERON-TRYSTRAM (M.-N.), CORNIC(F.) et GOUREVITCH (R.) (sous-dir.), *La prise en charge des états réputés dangereux* [Rapport du 108e Congrès de Psychiatrie et de Neurologie de Langue Française], Issy-les-Moulineaux, Elsevier-Masson, coll. « Congrès de Psychiatrie et de Neurologie de Langue Française », 2010, 214 p.

– AUTOUR DE LA PRISON ET DE LA PEINE

- Les prisons dites « privées ». Une solution à la crise pénitentiaire ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence les 23 et 24 janvier 1987, Aix-en Provence et Paris, PUAM et Economica, coll. « Le point sur », 1987, 225 p.
- ENAP, *Sens de la peine et droits de l'homme*. Actes du colloque international inaugural de l'ENAP, Agen, 8,9,10 novembre 2000, Paris, Ministère de la Justice/ENAP, 2001, 269 p.
- ETATS GENERAUX DE LA CONDITION PENITENTIAIRE « **Dossier** »
[ce dossier a été établi de manière informelle à partir de tous les éléments rassemblés autour de cet événement. Tous les documents signalés en ligne sont disponibles sur le portail de l'OIP via <http://www.oip.org/index.php/prison-etat-des-lieux/etats-generaux-de-la-condition-penitentiaire>, consulté le 23/4/2011]
- *Revue de presse*, octobre 2006 ;
 - « *Prisons françaises : l'urgence* ». *Opération spéciale*, Canal plus, du 1er au 14/11/2006 avec « Des barreaux dans la tête », film ; « Prisons hors-la-loi », série de modules filmographiques d'1 minute 45 et « Prisons : la honte de la République », documentaire télévisuel du 14/11/2006 ;
 - BVA, *Consultation en vue des Etats Généraux de la condition pénitentiaire. Principaux enseignements de l'étude*, octobre 2006,
 - *Cahiers de doléances*, 110 p.
 - *Manifeste de la journée de clôture*, [en ligne], 14 novembre 2006, 16 p.
 - *Déclaration finale lors de la Journée de clôture*, [en ligne], 14/11/2006 « Les prisons en France : un grand chantier présidentiel. 3èmes rencontres parlementaires sur les prisons », 11 décembre

2006 à la Maison de la Chimie (Paris), 3 p.

LAFARGE (Ph.), *Etablissements pénitentiaires à gestion mixte*. Actes du colloque de Montpellier du 17 mars 1997, Paris, A. PEDONE, 1997, 78 p.

« *Quelle prison pour demain ?* », Actes du colloque « Droit et démocratie » du 26 avril 2001, Paris, La Documentation française, coll. « Droit et démocratie », 2002, 55 p.

SCHUTTER (O. de), KAMINSKI (D.) (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, coll. « La pensée juridique », 2002, 308 p.

— CONCERNANT LES DEUX THEMATIQUES OU D'AUTRES SUJETS

AMOUROUS (Ch.), BLANC (A.) (dir.), *Erving GOFFMAN et les institutions totales*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 2001, 314 p.

CHEVALLIER (Ph.), GREACEN (T.) (dir.), *Folie et justice : relire Foucault*. Actes du colloque « Culture psychiatrique/culture judiciaire : relire Michel Foucault » des 15 et 16 septembre 2008 à la Grande Halle de l'établissement public du Parc de la Villette, Toulouse, Eres, 2009, 239 p. [Complété par des notes personnelles]

KOUBI (G.) (dir.), *De la citoyenneté*. Actes du colloque des 3-5 novembre 1993 à la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Paris, Litec, 1995, 170 p.

KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.) (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, 238 p. [issu d'un colloque organisé les 26 et 27 avril 2000 par le Centre d'études et de recherches : fondement du droit public des universités de Cergy-Pontoise et Paris X-Nanterre]

G.2. Actes et communications orales non publiés, notes personnelles

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

VILLE DE NANTES. CHOQUET (C.), « Handicap psychique. Où trouver sa place ? ». Conférence, CHU de Nantes, 24 mai 2007

VILLE DE NANTES. CHOQUET (C.), « La santé mentale dans la cité ». Conférence, CHU de Nantes, 16 mars 2006

« La Psychiatrie : la Loi et l'Ordre », Les Journées du Vinatier. Troisième édition, Centre hospitalier Le Vinatier (Bron), 10 et 11 juin 2010

— AUTOUR DE LA PRISON ET DE LA PEINE

« Les dix ans de la loi du 17 juin 1998. Autour de l'obligation de soins », Journée d'études, Faculté de droit et de Sciences politiques de Nantes, 12 décembre 2008

DANET (J.), « Pourquoi la fin de la peine n'est plus une certitude de sortir de prison. » Commentaire et débat à propos la loi DATI sur la rétention de sûreté, Conférence donnée dans le cadre de la semaine du GENEPI, Faculté de droit et de Sciences politiques de Nantes, 2008

DES MAINTENANT, EN EUROPE (Club), « Journée d'étude à l'occasion du 60ème anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme : Enfermement et droits de l'homme, aujourd'hui, en France. Conditions d'exécution des décisions administratives et judiciaires de privations de liberté », Centre hospitalier Saint-Anne (Paris), 9 décembre 2008

« Les conditions de détention en prison ». Conférence, Faculté de droit et de sciences politiques de Nantes, 16 avril 2007

« La réinsertion par le travail ». Conférence organisée par le GENEPI -Nantes, 6 mars 2006

« Quel avenir pour nos prisons ? ». Conférence GENEPI-Nantes, 7 mars 2006

« Pourquoi la fin de la peine n'est plus une certitude de sorties de prison. Commentaire et débat autour de la loi DATI sur la rétention de sûreté ». Conférence organisée par le GENEPI-Nantes, 2008

II. RAPPORTS OFFICIELS

II.A. – Rapports au Gouvernements, rapports de commissions et d'organismes officiels

– AUTOUR DE LA PRISON : CONDITIONS DE VIE EN PRISON, PEINE, DROIT PENAL ET DROIT PENITENTIAIRE, PROCEDURE PENALE

ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport annuel d'activité 1999*, Paris, La documentation française, coll. « Rapport », 2001, 277 p.

ALBRAND (L.) (Commission présidée par), *La prévention du suicide en milieu carcéral*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 2009, 310 p. Disponible sur le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000387/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011

BLANC (E.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement présenté par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la prise en charge sanitaire, psychologique et psychiatrique des personnes placées sous main de justice* et présenté par M. Etienne BLANC, Député, en conclusion des travaux d'une commission d'information présidée par M. Jean-Luc WARSMANN, Député. [en ligne], Assemblée nationale, n°1811 (session 2008-2009), 8 juillet 2009, 248 p. Disponible sur le portail de l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1811.pdf>, consulté le 25/4/2011

BURGELIN (J.-F.) (Commission présidée par), *Santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive. Rapport de la commission santé-justice présidée par Monsieur Jean-François Burgelin*, [en ligne], Paris, Ministère de la justice, juillet 2005, 152 p. Disponible sur le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000449/0000.pdf>, consulté le 25/4/2011

CANIVET (G.) (Commission présidée par), *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, Paris, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 2000, 264 p.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur le projet de loi pénitentiaire (adopté par l'assemblée plénière le 6 novembre 2008)* [en ligne], nov. 2008, 16 p. Disponible sur le site de la CNCDH, http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/08.11.06_Avis_sur_le_projet_de_loi_penitentiaire.pdf, consulté le 25/4/2011

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL), *Conclusions du contrôle du STIC. Rapport remis au premier ministre le 20 janvier 2009*, [en ligne], publié le 20/1/2009, 32 p. Disponible sur le site de la CNIL, http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/Controles_Sanctions/Conclusions%20des%20controles%20STIC%20CNIL%202009.pdf, consulté le 25/4/2011

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *La santé et la médecine en prison. Avis n°94 du 26 octobre 2006*, [en ligne], publié le 13/12/2006, 48 p. Disponible sur le site du CCNE, <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis094.pdf>, consulté le 25/4/2011

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Etude sur les Droits de l'homme dans la prison*, [en ligne], Paris, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 2004, 66 p. Disponible via le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000133/0000.pdf>, consulté le 25/4/2011

- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Etude sur l'accès aux soins des personnes détenues (adoptée par l'assemblée plénière le 19 janvier 2006)*, [en ligne], 2006, 30 p. Disponible via le site de la CNCDH, http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Etude_soins_personnes_detenues_190106.pdf, consulté le 25/4/2011
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Réflexions sur le sens de la peine. (Texte adopté par l'Assemblée plénière le 24 janvier 2002)*, [en ligne], 27 p. Disponible via le site de la CNCDH, http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/Sens_de_la_peine.pdf, consulté le 25/4/2011
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental » du 7 février 2008, [en ligne], site de la CNCDH, http://www.cncdh.fr/article.php3?id_article=554, consulté le 25/4/2011
- COMMISSION NATIONALE DE SUIVI DE L'ENSEIGNEMENT EN MILIEU PENITENTIAIRE, *Bilan de l'enseignement sur l'année 2008 et le premier trimestre 2009. Rapport établi par la DAP*, [en ligne], 26 juin 2009, 47 p. Disponible via le portail du ministère de la Justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Bilan_national_de_enseignement_en_2009.pdf, consulté le 25/4/2011
- COMITE D'ORIENTATION RESTREINT DE LA LOI PENITENTIAIRE, *Orientations et préconisations*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, nov. 2007, 71 p. Disponible via le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/074000721/0000.pdf>, consulté le 25/4/2011
- COMMISSION SUR LA LIBERATION CONDITIONNELLE (D. FARGE, président), *La libération conditionnelle : rapport à Madame le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, fév. 2000, 117 p. Disponible via le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000317/0000.pdf>, consulté le 25/4/2011
- COUR DES COMPTES, *Garde et réinsertion. La gestion des prisons. Rapport public thématique*, Paris, La Documentation française, 2006, 195 p.
- COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2008*, [en ligne], Paris, La Documentation française, fév. 2008, 1060 p. Disponible via le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000070/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011
- COUR DES COMPTES, *Le service public pénitentiaire : « Prévenir la récidive, gérer la vie carcérale »*. Rapport public thématique, Paris, La Documentation française, juillet 2010, 240 p.
- FENECH (G.), *Le placement sous surveillance électronique mobile. Rapport de la mission confiée par le Premier Ministre à Monsieur Georges Fenech, Député du Rhône*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, Avril 2005, 79 p. Disponible via le portail de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/054000267/0000.pdf>, consulté le 25/4/2011
- GARRAUD (J.-P.), *Réponses à la dangerosité. Rapport sur la Mission Parlementaire confiée par le Premier Ministre à Monsieur Jean-Paul GARRAUD, député de la Gironde, sur la Dangerosité et la prise en charge des Individus Dangereux*, [en ligne], Paris, Premier Ministre, oct. 2006, 192 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000800/index.shtml>, consulté le 23/4/2011
- GONTARD (P.-R.), *Mission d'étude de faisabilité : le régime ouvert de détention peut-il être étendu dans le champ pénitentiaire français ?*, [en ligne], Paris, Ministère de la Justice et des libertés, mars 2010, 174 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000156/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011
- HAUSSONVILLE (G.-P.-O. d'), *Les établissements pénitentiaires en France et aux colonies*, [en ligne], Paris, Michel-Lévy Frères, 1875, 638 p. Disponible sur le portail Gallica, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k836856>, consulté le 23/4/2011
- LAMANDA (V.), *Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux. Rapport à M. le Président de la République*, [en ligne], mai 2008, 70 p. Disponible en ligne via le site de la

Documentation française,
<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000332/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011

LECERF (J.-R.), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi pénitentiaire*, [en ligne], Sénat n°143 (session 2008-2009), 17 décembre 2008, 439 p. Disponible via le site du Sénat, <http://www.senat.fr/rap/108-143/108-1431.pdf>, consulté le 23/4/2011

LOUZOUN (Cl.) (dir.), *Législations de santé mentale en Europe : Angleterre, Ecosse, Espagne, France, Italie, Cour Européenne des Droits de l'Homme. Rapport d'étude au Bureau de la psychiatrie, Direction générale de la santé, Ministère de la santé*, Paris, La Documentation Française, 1993, 319 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1969*, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, 1971, 423 p.

DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, *Rapport général sur l'exercice 1970*, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, 1970, 368 p.

TERRA (J.-L.), *Prévention du suicide des personnes détenues. Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de la prévention. Rapport de mission à la demande du garde des Sceaux, ministre de la Justice et du ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes Handicapées*, Paris, Ministère de la justice, déc. 2003, 234 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000724/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011

ZIENTARA-LOGEAY (S.), *Rapport sur la prévention du suicide en milieu pénitentiaire*, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, mai 1996, 100 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/974071736/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

CLERY-MELIN (Ph.), KOVESS (V.), PASCAL (J.-Ch.), *Plan d'actions pour le développement de la psychiatrie et la promotion de la santé mentale. Rapport d'étape de la mission Cléry-Melin remis au Ministre de la Santé, de la famille et des personnes handicapées*, [en ligne], sept. 2003, 106 p. Disponible via psydoc-France, <http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/professi/rapports/clery-melin.pdf>, consulté le 20/4/2011

CONSTANS (A.), DUMESNIL (O.), LUNIER (L.), *Rapport sur le service des aliénés en 1874*, Paris, 1878, 564 p.

COUR DES COMPTES, *Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations, collectivités, organismes et entreprises 2000*, [en ligne], fév. 2001, 870 p. Disponible sur le portail de la Cour des comptes, <http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPA/Rpa2000.pdf>, consulté le 23/4/2011

COUTY (E.), CECCHI-TENERINI (R.), BROUDIC (P.), NOIRE (D.), *Mission et organisation de la santé mentale et de la psychiatrie. Rapport présenté à Madame R. BACHELOT-NARQUIN, Ministre de la santé et des sports*, [en ligne], Paris, Ministère de la santé et de sports, janvier 2009, 86 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000037/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011

FERRUS (G. M. A.), *Des aliénés. Considérations 1° sur l'état des maisons qui leur sont destinées tant en France qu'en Angleterre, sur la nécessité d'en créer de nouvelles en France et sur le mode de construction à préférer pour ces maisons ; 2° sur le régime hygiénique et moral auquel ces malades doivent être soumis ; 3° sur quelques questions de médecine légale ou de législation relatives à leur état civil*, [en ligne], Paris, HUZARD, 1834, 319 p. Disponible sur le portail gallica.fr, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57310440.langFR>, consulté le 23/4/2011

LOPEZ (A.), YENI (I.), VALDES-BOULOUQUE (M.), CASTOLDI (F.), *Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation*, IGAS/IGSJ, mai 2005, 64 p.

- MINISTERE DES SOLIDARITES, DE LA SANTE ET DE LA FAMILLE, *Plan Psychiatrie et santé mentale 2005-2008* [en ligne], 98 p. Disponible sur le portail de la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie (CNSA), http://www.cnsa.fr/IMG/pdf/plan_2005-2008.pdf, consulté le 23/4/2011
- PARCHAPPE, *Rapport sur le service médical de l'asile des aliénés de Saint-Yon pendant l'année 1840 comprenant les documents relatifs aux années 1835, 1836, 1837, 1838, 1839, 1840, présenté par M. Parchappe à Messieurs les membres du Conseil de surveillance et d'administration*, [en ligne], Rouen, N. PERIAUX, 1841, 21 p. Disponible sur le portail Gallica, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k61217956>, consulté le 23/4/2011
- PIEL (E.), ROELANDT (J.-L.), *De la psychiatrie à la santé mentale. Rapport de mission*, Ministère de l'emploi et de la solidarité, juillet 2001, 86 p. Disponible en ligne via le site de la Documentation française, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000522/0000.pdf>, consulté le 23/4/2011
- STROHL (H.) [prés.], CLEMENTE (M.) [rapp. Général], *Rapport du Groupe national d'évaluation de la loi du 27 juin 1990*, [en ligne], sept. 1997. Disponible via le site du Centre Hospitalier du Vinatier, <http://www.ch-le-vinatier.com/cme-psy/strohl1.htm>, consulté le 23/4/2011

— CONCERNANT LES DEUX DOMAINES OU D'AUTRES SUJETS

- COMITE CONTRE LA TORTURE, *Observations finales du Comité contre la Torture. France*, [en ligne], 44e session, 26 avril-14 mai 2010, 13 p. Disponible sur <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.FRA.CO.4-6.pdf>, consulté le 23/4/2011
- CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1994. Considérations générales : Service public, service publics : déclin ou renouveau*, Paris, La Documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n°46, 1995, 599 p.
- CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1996. Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n°48, 1997, 509 p.
- CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 50, 1999, 449 p.
- CONSEIL D'ETAT, *Les autorités administratives indépendantes. Rapport public 2001, Jurisprudence et avis de 2000*, Paris, La documentation française, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 52, 2001, 472 p.
- COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche*, Avis n° 58 du 12 juin 1998, *Les Cahiers du CCNE* n°17, oct. 1998, pp. 3-22
- COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, *Le « dossier médical personnel » et l'informatisation des données de santé*, Avis n°104, [en ligne], Paris, 29/5/2008, 16 p. Disponible sur le site du CCNE, consulté le 28/4/2011
- COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS ET DEGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT) en France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, (CPT/Inf (93) 2), [en ligne], Strasbourg, 19/1/1993, 992 p. Disponible via le portail du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants, <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/1993-02-inf-fra-1.pdf>, consulté le 14/4/2011
- COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS ET DEGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT) du 11 au 17 juin 2003*, (CPT/Inf (2004) 6), [en ligne], Strasbourg, 31/3/2004, 39 p. Disponible via le

portail du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants, <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/2004-06-inf-fra.pdf>, consulté le 14/4/2011

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS ET DEGRADANTS, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT) du 27 septembre au 9 octobre 2006*, (CPT/Inf (2007) 44), [en ligne], Strasbourg, 10/12/2007, 114 p. Disponible via le portail du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants, <http://www.cpt.coe.int/documents/fra/2007-44-inf-fra.pdf>, consulté le 14/4/2011

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS ET DEGRADANTS, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 9 to 18 June 2009*, (CPT/Inf (2009) 34), [en ligne], Strasbourg, 11/12/2009, 77 p. Disponible via le portail du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants, <http://www.cpt.coe.int/documents/swe/2009-34-inf-eng.pdf>, consulté le 27/1/2011

CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX PRIVATIFS DE LIBERTE, *Rapport d'activité 2008*, [en ligne], Paris, 2009, 211 p. Disponible sur le site du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté, <http://www.cglpl.fr/2009/rapport-dactivite-2008/>, consulté le 14/4/2011

CONTROLEUR GENERAL DES LIEUX PRIVATIFS DE LIBERTE, *Rapport d'activité 2009*, [en ligne], Paris, 2010, 326 p. Disponible sur le site du Contrôleur général des lieux privatifs de liberté, http://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/rapport_2009_Dalloz.pdf, consulté le 14/4/2011

GIL-ROBLES (A.), *Rapport de M. Alvaro Gil-Roblès, Commissaire aux droits de l'homme, sur le respect effectif des droits de l'homme en France, suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée Parlementaire*, [en ligne], Strasbourg, 2006, 184 p. Disponible via le portail du Conseil de l'Europe, <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=965741>, consulté le 22/04/2011

HAMMARBERG (Th.), *Mémoire de Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008*, [en ligne], Strasbourg, 2008, 67 p. Disponible via le portail du Conseil de l'Europe, <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1176184&SecMode=1&DocId=1343238&Usage=2>, consulté le 25/4/2011

II.B. – Rapports de l'Assemblée Nationale ou du Sénat

– AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

CHANFRAULT (G.), Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (n°3098) relatif à la sectorisation psychiatrique, Assemblée Nationale, n°3116, (première session ordinaire 1985-1986), 27 novembre 1985, 56 p.

COLLARD (H.), Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la sectorisation psychiatrique, Sénat n°181 (première session ordinaire 1985-1986), 52 p.

– AUTOUR DE LA PRISON ET DE LA PEINE

MAZEAUD (P.), ASENSI (F.), AUBERT (E.), BONNEMAISON (G.), MAMY (A.) et MARCHAND (Ph.), *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République à la suite d'une mission effectuée du 2 au 11 octobre 1986 sur les conditions de financement et de fonctionnement des établissements pénitentiaires aux Etats-Unis*, Assemblée nationale, n°499 (session 1986-1987), 27 novembre 1986

- RUDLOFF (M.), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale relatif au fonctionnement des établissements pénitentiaires*, Sénat n°102 (session 1986-1987), 10 décembre 1986
- MAMY (A.), *Rapport relatif au service pénitentiaire*, Assemblée Nationale n°695 (session 1986-1987), 29 avril 1987
- MAMY (A.), *Rapport relatif au service pénitentiaire*, Assemblée Nationale n°830 (session 1986-1987), 10 juin 1987
- RUDLOFF (M.), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale*, Sénat n°233 (session 1986-1987), 20 mai 1987
- MERMAZ (L.) [prés.], FLOCH (J.) [rapp.], *La France face à ses prisons. Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises*, Paris, Editions de l'Assemblée Nationale, coll. Les Documents d'Information de l'Assemblée Nationale, n° 2521, tome I, 2000, 328 p.
- HYEST (J.-J.) [prés.], CABANEL (G.-P.) [rapp.], *Prisons : une humiliation pour la République. Rapport de la Commission d'enquête sur les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 10 février 2000*, tome I, Paris, Editions du Sénat, Coll. « Les Rapports du Sénat », n° 449, 2000, 223 p.
- GOUJON (Ph.) et GAUTHIER (Ch.), *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par la mission d'information sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, [en ligne], Sénat n°420 (session 2005-2006), 22 juin 2006, 95 p. Disponible via le site du Sénat, <http://www.senat.fr/rap/r05-420/r05-4201.pdf>, consulté sur le 25/4/2011

— AUTRES SUJETS

- BLANCHET (J.-P.), *Rapport au nom de la Commission des Affaires sociales, sur la loi portant réforme hospitalière*, Sénat, n°40 (première session ordinaire 1970-1971), 3 novembre 1970, 147 p.
- PEYRET (Cl.), *Rapport au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, portant réforme hospitalière*, Assemblée Nationale, n°1481 (première session ordinaire 1970-1971), 1er décembre 1970, 116 p.
- HYEST (J.-J.), *Rapport fait au nom de la commissions des Lois constitutionnelles, de législation du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Rapport du Sénat n° 414, session extraordinaire 2006-2007, 25 juillet 2007, 63 p.

III. ARTICLES OU ENSEMBLES D'ARTICLES (DOSSIERS, DOSSIERS DE PRESSE) ET CONTRIBUTIONS

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- ALIZON (J.), BONNAFE (L.), DAUMEZON (G.), DUCHENE (H.), EY (H.), GUIGUEN (Y.), KLEIN (F. et F.), KOECHLIN (Ph.), LE GUILLANT (L.), SIVADON (P.), TOSQUELLES (F.), « Misère de la psychiatrie » [dossier], *Esprit*, déc. 1952, n°197, pp. 777-944
- ARNAUD (D.), « L'esquisse d'une échappée belle », *Libération*, 14/3/2006
- ASHADEH (L.), CLINERTH (E. Van), FADHLAOUI (Ch.), FRIARD (D.), et alii, « Le vécu en chambre d'isolement » [dossier], *Santé Mentale*, juin 2009, n°139, pp. 17-72
- AUBY (J.-M.), « La loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », *JCPG*, 1990, n°39, I, n° 3463

- AYME (J.), « Une loi pour quoi faire ? », *Synapse*, 1990, vol. 61, pp. 47-51
- AYME (J.), BONNAFE (L.), CORRE, DAUMEZON (G.), DOUSSINET, DUC, GENTIS (R.), OURY (J.), RACINE, ROELEN, TOSQUELLES (F.) et FICHELET (M.), « Les échanges matériels et affectifs dans le travail thérapeutique. Extraits. », *Travailler*, 2008/1, n°19, pp. 35-58
- BERNARD (E-A.), BERNARDET (Ph.), « La motivation par référence des décisions d'hospitalisation d'office, ou le juge administratif aliéné par son fou », *RDSS*, juil.-sept. 1997, n°3, pp. 487-501
- BERNARDET (Ph.), « Dites-moi, docteur, l'hospitalisation sans consentement est-elle toujours en aussi bonne forme ?... », [en ligne], 12/5/2006, 28 p. Disponible sur <http://www.groupeinfoasiles.org/allfiles/theses-etudes-doctrine/060512Bernardet2-Ditesmoidocteur.pdf> consulté le 20/12/2010
- BOKOBZA (H.), « On ne traite plus un sujet malade mais une maladie. Propos recueillis par Josyane Savigneau », *Le Monde*, 11/4/2009, p. 20
- BONNAFE (L.), TOSQUELLES (F.), DAUMEZON (G.), OURY (J.), « Saint-Alban », *Recherches*, mars 1975, n°17, pp. 80-95
- BONNET (O.), QUETEL (Cl.), « La surmortalité asilaire en France pendant l'Occupation », *Nervure*, mars 1991, IV-2, pp. 22-32
- BOTTERO (A.), « Hospitalisations sans consentement : de la quantité vers la qualité », *Neuropsychiatrie : Tendances et Débats*, 2007, n°31, pp. 9-14
- BOUCHET (C.), « Du travail appliqué aux aliénés », *Annales médico-psychologiques*, 1848, vol. 12, pp. 301-322
- BRU (V.), « Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales », *RTDSS*, 1981 n°66, pp. 167-210
- BURGUIERE (A.), « L'état monarchique et la famille (XVIe-XVIIIe siècle) », *Annales. Histoire, sciences sociales*, 2001, n°2001-2, pp. 313-335
- CAYLA (J-S.), « Directives ministérielles pour l'interprétation et l'application de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées pour troubles mentaux », *RDSS*, oct-déc. 1991, n°27-4, pp. 557-566
- CAYLA (J-S.), « Un aspect de la loi « Sécurité et liberté » : la protection de la liberté des malades hospitalisés pour troubles mentaux », *RDSS*, 1981, pp. 243-245
- CLAVREUL (L.), « Débat autour des soins psychiatriques sous contrainte », *Le Monde*, 21/4/2010, p. 10
- COELHO (J.), « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaidoyer pour une réforme », *RDSS*, mars-avril 2006, n°2006-2, pp. 249-262
- COELHO (J.), « Responsabilité du fait du suicide de patients psychiatriques en hospitalisation libre : quelle obligation de surveillance ? », *AJDA*, 2008, pp. 441-445
- COLDEFY (M.), « Les disparités de prises en charge de la santé mentale en France », DIRECTION de la RECHERCHE, DES ETUDES, DE L'évaluation et des STATISTIQUES (DRESS), *Etudes et Résultats*, nov. 2005, n° 443, 12 p.
- CORDIER (J-C.), POUYOLLON (F.), « Soins sans consentement », *L'information psychiatrique*, sept. 2001, vol. 77, n°7, pp. 699-705
- COUPECHOUX (P.), « Même la folie a cessé d'être innocente », *Le Monde diplomatique*, [en ligne], juil. 2006, pp. 18-19. Disponible via le site du Monde diplomatique, <http://www.monde-diplomatique.fr/2006/07/COUPECHOUX/13611>, consulté le 25/4/2011
- COUR DES COMPTES, « L'organisation des soins psychiatriques » dans *Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations, collectivités, organismes et entreprises 2000* [en ligne], fév. 2001, pp. 408-442. Disponible via le site de la Cour des comptes, <http://www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPA/SoinsPsychiatriques.pdf>, consulté le 25/4/2011

- DALERY (J.), « A propos de l'observance... », dans « Médicaments et psychoses : la parole des familles » [dossier], *Santé Mentale*, janv. 2005, n° 94, pp. 48-50
- DEBENE (M.), « La modernisation de la loi de 1838 sur les aliénés », *AJDA*, déc. 1990, pp. 871-883
- DELBECQ (J.), « Enquête sur les médicaments auprès des familles », dans « Médicaments et psychoses : la parole des familles » [dossier], *Santé Mentale*, janv. 2005, n° 94, pp. 26-31
- DELION (P.), « Thérapeutiques institutionnelles », [en ligne], 29/4/2006. Disponible sur <http://www.revue-institutions.com/articles/therapeutiquesinstitution.pdf>, consulté le 25/4/2011
- « Demain, je ne serais pas là ... ». Témoignage d' « une jeune infirmière qui travaille en unité de soins psychiatriques », dans dossier « Contenir... », *Santé Mentale*, mars 2004, n° 86, pp. 28
- DUBOUIS (L.), « La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », dans *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 727-738
- DUPONT (M.), « La nouvelle gouvernance des établissements publics de santé : l'aboutissement d'une longue mutation ? », *RDSS*, 2009, n° 5, pp. 791-805
- DUPONT (M.), « Le règlement intérieur, instrument de la promotion des droits du malade à l'hôpital », *Gestions hospitalières*, août-sept. 1999, n° 388, pp. 501-506
- FAGOT-LARGEAULT (A.), « Ethique du consentement en psychiatrie », dans LOUZOUN (Cl.), SALAS (D.) (dir), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ramonville Saint-Agne, Erès, coll. « Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe », 1998, pp. 77-81
- FAUGERAS (P.), « La neo-mediocrity », 2004, *Sud/Nord-Folies et Cultures*, 2004, n° 19, « Politique et psychiatrie », pp. 31-39
- FAVEREAU (E.), « Le plan de santé mentale mal an, mal an », *Libération*, 14/3/2006
- FISCHETTI (A.), « Camisole informatique pour les fous », [en ligne], 20/6/2010. Disponible sur le site de la LDH Toulon, <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article3929>, consulté le 23/4/2011 [publié à l'origine dans *Charlie Hebdo* n°939 du 16 juin 2010]
- FOSSIER (Th.), « La relation entre psychiatre et malade : aspects juridiques », *L'information psychiatrique*, sept. 2001, vol. 77, n° 7, pp. 680-687
- FRIARD (D.), « Attacher n'est pas contenir », dans dossier « Contenir... », *Santé Mentale*, n° 86, mars 2004, pp. 16-27
- GAUTHIER (S.), « A propos de l'article René Diatkine et Philippe Paumelle, « Médications et psychothérapies individuelles » », *Revue française de psychanalyse*, 2002, vol. 66, n° 2002-2, pp. 549-557
- GAY (Ch.), « Choix du traitement et détermination de la posologie », dans « Médicaments et psychoses : la parole des familles » [dossier], *Santé Mentale*, janv. 2005, n° 94, pp. 32-35
- GIRARD (H.), « De l'organisation et de l'administration des établissements d'aliénés », *Annales médico-psychologiques*, 1843, tome II, pp. 230-260
- GODFRYD (M.), « Le droit et le malade mental dangereux », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 48-51
- GONGGRYP (Th.), « Ordre public et hospitalisation d'office : la légitimité de l'action préfectorale », *RGDM*, 2008, n° 26, pp. 67-78
- GRABOY-GROBESCO (A.), « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *AJDA*, 2004, pp. 65-72
- GERIN (G.), « Problèmes éthiques dérivant de l'utilisation de substances psychotropes », *Journal International de Bioéthique*, 1995, vol. 6 (hors-série), p. 41-45
- HEKTOR (L.), « Attention, danger ! », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 60-64
- « L'hôpital du Vinatier, un site d'exception » [dossier], *Bron magazine*, fév. 2010, n° 209, pp. 13-18

- JEAMMET (Ph.), « Démystifier les psychotropes : un outil parmi les autres », *Revue française de psychanalyse*, 2002, vol. 66, n° 2002-2, pp. 423-431
- JONAS (C.), « La réparation des dommages causés aux tiers par les malades mentaux : évolutions et perspectives », *RDSS*, 1990, n° 1, pp. 1-20
- JONAS (C.), VIGNOLES (J.-Cl.), « Consentement aux soins et traitements imposés en psychiatrie », *L'information psychiatrique*, juin 1992, vol. 68, n° 6, pp. 607-611
- KRESS (J.-J.), « Le consentement aux soins par le patient schizophrène », *Hallopsy*, 1994, n° 12, pp. 9-16
- LAVOINE (P. L.), « Approche nosographique de la dangerosité », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 31-33
- LE BIHANT (P.), PAGES (Cl.), NAUDET (J.-B.), ESFANDI (D.), ROURE (L.), WEISS (P.), « Place des unités de soins intensifs psychiatriques (USIP) dans le dispositif de soins », *Annales médico-psychologiques*, mars 2009, vol. 16, n° 2 pp. 143-147
- LE MASSON (M.), « Une autre psychiatrie est possible ». Propos recueillis par Hubert PROLONGEAU, *Le nouvel Observateur*, 23 déc.-5 janv. 2005, p. 125
- LOVELL (A.-M.), « Santé mentale et société » [dossier], *Problèmes politiques et sociaux*, avril 2004, n° 899, 119 p.
- MACHELON (J.-P.), « La loi de 1838 sur les aliénés : la résistance au changement », *RDP*, 1984, pp. 1005-1024
- MASSE (G.), ZWINGENBERGER (M.), « Les sorties d'essai : évolution et perspectives », *L'information psychiatrique*, juin-juil. 2006, vol. 82, n° 6, pp. 481-493
- MATHYS (D.), COLLET-SASSERE (E.), « L'UMD : un travail de partenariat avec le secteur », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 52-55
- MERCUEL (A.), CAROLI (F.), SMAGGHE (P.-O.), BALDACCI-EPINETTE (C.) , « Loi du 27 juin 1990 », *Encyclopédie médico-chirurgicale*, Psychiatrie, 37-901-A-10, 1993, 7 p.
- MESLE (F.), VALLIN (J.), « La population des établissements psychiatriques : évolution de la morbidité ou changement de stratégie médicale ? », *Population*, 1981, n° 6, pp. 1035-1068
- MORVAN (O.), « L'informatisation en psychiatrie. Enflure et démesure. Quels enjeux et pour qui ? », *Hommes et libertés*, 2004, n°127, pp. 16-18. Disponible également sur le site de la LDH de Toulon, <http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article3847>, publié le 20/4/10, consulté le 23/4/2011
- MOSNIER (G.), « Le droit européen, nouvel horizon du droit de la psychiatrie publique et de la santé mentale », [en ligne]. Disponible sur le site « Le droit européen », http://psycause.pagesperso-orange.fr/031_032/031_032_le_droit_europeen.htm, consulté le 23/4/2011
- NICOLAS (G.), « Le nouveau Code de déontologie », *Actualité et dossier en santé publique*, déc. 1995, n° 13, pp. 5-6
- OURY (J.), « Le travail est-il thérapeutique ? Entretien réalisé par Lise Gaignard et Pascale Molinier à la Clinique de La Borde. 2 septembre 2007 », *Travailler*, 2008-1, n° 19, pp. 15-34
- PAGEAU (S.), « Un bout de chemin ensemble », *Les Actualités Sociales Hebdomadaires*, 22/11/2002, n° 2286, pp. 27-28
- PALAZZOLO (J.), « Contention : état des lieux », dans « Contenir... » [dossier], *Santé Mentale*, mars 2004, n° 86, pp. 30-35
- PALAZZOLO (J.), « Contention et perspectives thérapeutiques », dans « Contenir... » [dossier], *Santé Mentale*, mars 2004, n° 86, pp. 36-41
- PANNETIER (C.), « Flic ou soignant ? », dans « Contenir... » [dossier], *Santé Mentale*, mars 2004, n° 86, pp. 50-53

- PERRY (R.), « Fichage et bracelet électronique, nouveaux remèdes contre la folie ? », *Droit et technologie*, [en ligne], 7 janv. 2009, 3 p. Disponible sur le site de *Droit et Technologies*, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1186/fichage-et-bracelet-electronique-nouveaux-remedes-contre-la-folie.html>, consulté le 5/8/2010
- PRIEUR (C.), « En psychiatrie, l'obsession, c'est libérer les lits », *Le Monde*, 7/2/2006, p. 10
- PRIEUR (C.), « Le président de la République engage l'hôpital psychiatrique dans un tournant sécuritaire », *Le Monde*, 4/12/2004, p. 10
- PRIEUR (C.), « La psychiatrie française va de plus en plus mal », *LeMonde.fr*, [en ligne], 20/11/2008 mis à jour le 2/12/2008. Disponible sur http://www.lemonde.fr/societe/article/2008/11/20/la-psychiatrie-francaise-va-de-plus-en-plus-mal_1120942_3224.html [lien brisé, accès désormais payant]
- PRIEUR (C.), « Des malades dans la ville », *Le Monde*, 7/1/2009, p. 19
- « Psychiatrie : Sarkozy veut durcir l'hospitalisation d'office », *NouvelObs.com*, [en ligne], 2/12/2008. Disponible sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/actualite/societe/20081202.OBS3647/psychiatrie-sarkozy-veut-durcir-l-hospitalisation-d-office.html>, consulté le 23/4/2011
- RAMEIX (S.), « Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ? », dans LOUZOUN (Cl.), SALAS (D.) (dir), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ramonville Saint-Agne, Eres, coll. « Etudes, recherches, actions en santé mentale en Europe », 1998, pp. 65-75
- « La réforme souhaitée par Nicolas Sarkozy provoque un tollé », *NouvelObs.com*, [en ligne], 2/12/2008. Disponible sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/actualite/societe/20081114.OBS0986/la-reforme-souhaitee-par-nicolas-sarkozy-provoque-un-tolle.html>, consulté le 23/4/2011
- ROGER (P.), « La partie « psychiatrie » devrait être sortie du texte sur la délinquance », *Le Monde*, 11/11/2006
- ROGER (Ph.), « L'hospitalisation sous contrainte », *RGDM*, 2004, n° 13, pp. 275-292
- ROUSSO (H.), « Lafont Max, L'extermination douce. La mort de 40 000 malades mentaux dans les hôpitaux psychiatriques en France sous le régime de Vichy ; Durand Pierre, Le Train des fous 1939-1945. Le génocide des malades mentaux en France », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1989, n° 21, pp. 156-157
- RUMEN (C.), VALENTE (P.), « La chambre d'isolement est-elle soluble dans la démocratie ? », *Journal français de psychiatrie*, mars 2004, n° 23, pp. 25-26
- SAUBABER (D.), « Voyage au bout de la folie » [dossier], *L'Express*, 31/1/2005, pp. 78-83
- SAYN (I.), « L'hospitalisation à la demande d'un tiers », *Médecine et droit*, 1998, n° 31, pp. 1-10
- SCHLEININGER (F.), KRATZ (Ph.), « L'UMD pour renouer un lien thérapeutique », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 56-59
- SENNINGER (J.-L.), « Dangerosité psychiatrique », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 16-21
- SENON (J.-L.), JONAS (C.) « Protection de la personne. Droit des patients en psychiatrie », *Médecine et Droit*, 2005, n° 71, pp. 33-49
- SERRAO (D.), « L'expérimentation sur l'Homme en psychiatrie et en psychologie. Rapport éthique », *Journal International de Bioéthique*, 1995, vol. 6, pp. 12-13
- STARK (J.-H.), « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », *La semaine juridique-Edition Générale*, 20/7/2005, n° 29, I, pp. 1389-1394
- TACHON (J.-P.), « Réponse de Jean-Paul TACHON », psychiatre et médecin-chef à l'établissement public de santé de Ville-Evrard, à l'article de Michel DECKER « Article 19 de la loi du 4 mars 2002 : les contraintes paradoxales », *L'information psychiatrique*, juin 2003, vol. 79, n° 6. [Disponible également en ligne sur le portail John Libbey Eurotext,

- TOMKIEWICZ (S.), « Puniton et soin », *Sud/Nord*, janv. 2005, n° 20, pp. 175-188
- TOUZET (P.), « Pour une éthique de la contention », dans « Contenir... » [dossier], *Santé Mentale*, mars 2004, n° 86, pp. 54-58
- TRUCHET (D.), « Malades mentaux », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2006, 19 p.
- TRUCHET (D.), « Malades mentaux », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008, 21 p.
- TYRODE (Y.) et ALBERNHE (Th.), « Les modalités d'hospitalisation en psychiatrie », dans *Psychiatrie légale, sociale, hospitalière, expertale*, Paris, Ellipses 1995, partie II, chap. 6, pp. 316-317
- VIAU (B.), PERRAY (R.), « Vers un retour du fichage des personnes atteintes de troubles mentaux ? », *Gazette du Palais*, 15/1/2008, n° 15, pp. 7-8
- VIGOUREUX (E.) et alii, « La crise de nerfs », *Nouvel Observateur*, 27/1/2005, pp. 63-65
- WALTER (M.), « Comment évaluer la capacité à consentir chez le psychotique ? », *Innovation Janssen Psychiatrie*, n° 5, pp. 9-10

— AUTOUR DE LA PRISON

- ALLIX (G.), « En prison, l'architecture au défi de bouger les murs », *Le Monde*, 6-7/11/2005, p. 22
- ARTETA (S.), « Prisons : alerte rouge », *Le Nouvel observateur*, 24-30 juin 2004, pp. 80-84
- ARTETA (S.), ERHEL (C.) (dir.), « Prisons. Pourquoi nous avons honte. L'appel de 200 personnalités », *Le Nouvel observateur*, 3-9 nov. 2005, n° 2139, pp. 12-32
- ARTIERES (Ph.), LASCOUMES (P.), SALLES (G.), « Introduction. Gouverner et enfermer. La prison, un modèle indépassable ? » dans ARTIERES (Ph.) et LASCOUMES (P.) (dir.), *Gouverner. Enfermer. La prison, un modèle indépassable ?* Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 2004, pp. 23-54
- AUBY (J.-M.), « Le contentieux administratif du service public pénitentiaire », *RDP*, 1987, pp. 547-578
- BADINTER (R.), « Entretien avec Robert BADINTER, Le Louvre invite Robert BADINTER. Regards sur la prison », Propos recueillis par B.GENIES pour *Le Nouvel Observateur*, dans la brochure de présentation du programme des manifestations organisées par le Louvre pour l'année 2005-2006, pp. 2-3
- BASTUCK (N.), « A Nancy, un détenu obtient qu'un expert examine ses conditions de vie en prison », *Le Monde*, 11/11/2005
- BASTUCK (N.), « La révolte de P. PAYET, baluchonné dans dix prisons en deux ans », *Le Monde*, 6/1/2006
- BELDA (B.), « L'innovante protection des droits du détenu élaborée par le juge européen des droits de l'homme », *AJDA*, 2009, n° 7, pp. 406-412
- BERNARD (M.-J.), « Conseil de l'Europe, droits de l'homme et prisons : l'impact du Comité européen pour la prévention de la torture sur la réforme des prisons », *RFAP*, juill.-sept. 2001, n° 99, pp. 523-532
- BIANCHI (V.), « La défense en matière disciplinaire », dans « Les sanctions disciplinaires en prison » [dossier], *AJP*, 2005, n°11, pp. 407-408
- BORDENAVE (Y.), « Adam, détenu et témoin gênant, torturé à Fleury », *Le Monde*, 29/7/2009, p. 8
- BORDENAVE (Y.), « Petite reine mais grande évasion », *Le Monde*, 17/6/2009, p. 3
- BOUJU (D.), « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur », *RDP*, 2005, n°3, pp. 597-634
- BOULOC (B.), « Les droits culturels du détenu », dans *La condition juridique du détenu*. Actes du colloque international d'avril 1992 à Poitiers, Paris, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de

- sciences criminelles de Poitiers », 1994, pp. 113-126
- BOURGOIN (N.), GALINDO (C.), « La règle et son application : la punition en prison », *RSC*, 2004, n° 2, pp. 323-337
- BOYER (G.), « Opportunité d'une loi pénitentiaire... pour l'administration pénitentiaire », dans « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? ». Actes du colloque des 14 et 15 octobre 2004, *RPDP*, 2005, n° 1, pp. 45-50
- BREHIER (Th.), « La fronde d'une partie de l'UDF contraint M. Chalandon à la patience », *Le Monde*, 21/11/1986, p. 8
- CARDET (Ch.), « Le contrôle « extérieur » des établissements pénitentiaires en Europe ou l'esquisse d'un tryptique », *RSC*, 2003, n° 4, pp. 870-881
- CARDET (Ch.), « Les procédures disciplinaires en prison : entre spécialisation des fonctions et spécificité des « juridictions » », *RSC*, 2006, pp. 863-875
- CARDET (Ch.), « Les violences en prison saisies par le droit disciplinaire », *RPDP* sept. 2004, n°3, pp. 533-545
- CARLIER (Ch.), « Histoire de l'administration pénitentiaire de l'Ancien Régime à nos jours », [en ligne], 2007 remanié en 2009, 11 p. Disponible sur le portail criminocorpus, <http://criminocorpus.revues.org/313>, consulté le 25/4/2011
- CERE (J.-P.), « Les droits des détenus sous la cinquième République : de réels progrès ? », *RFAP*, juil.-sept. 2001, n° 99, pp. 417-426
- CERE (J.-P.) et HERZOG-EVANS (M.), « Prison », *Répertoire pénal Dalloz*, Dalloz, 2006, 73 p.
- CERE (J.-P.), « Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus », *RFDA*, 1997, n° 3, pp. 614-623
- CERE (J.-P.), « Le droit disciplinaire pénitentiaire entre jurisprudence interne et européenne », dans dossier « Les sanctions disciplinaires en prison », *AJP*, 2005, n°11, pp. 393-401
- CERE (J.-P.), « Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison », *AJP*, 2009, pp. 476-482
- CERE (J.-P.) et HERZOG-EVANS (M.), « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 1999, Chroniques, pp. 509-516
- CHARETTE (L. de), « A Liancourt, l'établissement pénitentiaire comme maison de retraite », *Le Figaro.fr*, [en ligne], 16/5/2006. Disponible sur le site Le Figaro, http://www.lefigaro.fr/france/20060516.FIG000000042_a_liancourt_1_etablissement_penitentiaire_comme_maison_de_retraite.html, consulté le 23/4/2011
- CHARETTE (L. de) et CHICHIZOLA (J.), « Le Conseil de l'Europe dénonce les geôles du palais de justice de Paris », *Le Figaro*, 16/2/2006
- CHOQUET (J.-P.), « La suppression des Q.H.S. », *RPDP*, 1983, pp. 33-35
- CLAVIER (Père A.), « Les droits religieux des détenus », *RPDP*, 1984, n° 1, pp. 10-19 et discussion pp. 19-23
- « Corbas : 3 suicides en moins d'un an », *Mag2Lyon*, [en ligne], 26/2/2010. Disponible sur <http://www.mag2lyon.com/article/10820/Corbas%E2%80%99943-suicides-en-moins-d%5Cun-an>, consulté le 23/4/2011
- CORMIER (S.), « Saint-Paul : voyage au bout de l'enfer. », *Le Monde*, 5/9/2009, p. 22
- COUV RAT (P.), « L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée », *RFAP*, juil.-sept. 2001, n° 99, pp. 455-460
- COUV RAT (P.), « Quelques réflexions sur la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire », *RSC*, oct.-déc. 1987, pp. 925-928
- COUV RAT (P.), « Rapport de synthèse », dans *La condition juridique du détenu*. Actes du colloque international d'avril 1992 à Poitiers, Paris, Cujas, coll. « Travaux de l'Institut de sciences

- criminelles de Poitiers », 1994, pp. 293-301
- CUCHE (P.), « Etat actuel du système pénal et pénitentiaire en France », [en ligne], 1900, pp. 1451-1466. Disponible sur http://data.decalog.net/enap1/liens/1900/1900_0055.pdf, consulté le 23/4/2011
- DANTI-JUAN (M.), « Les droits sociaux du détenu », dans *La condition juridique du détenu*. Actes du colloque international tenu à Poitiers en avril 1992, Paris, CUJAS, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1994, pp. 99-111
- DARBEDA (P.), « L'action disciplinaire en détention : un panorama européen », *RSC*, 1993, n° 4, pp. 808-815
- DELARUE (J.-M.), « La punition carcérale est inséparable de la réinsertion. Quelques prolégomènes nécessaires », *Le Monde*, 5/9/2009, p. 22
- « Les délégués dans les prisons : exemples de cas résolus », *Médiateur Actualités. Le journal du Médiateur de la République*, avril-mai 2007, n° 28, p. 4
- DELMAS-MARTY (M.), « Réformer le parquet est inéluctable ». Entretien avec Mireille DELMAS-MARTY, *Le Monde*, 6/4/2010, p. 15
- DUTHEILLET-LAMONTHEZIE (B.), « Adieux au régime progressif », *RPDP*, 1976, pp. 279-282
- ECOCHARD (B.), « L'émergence d'un droit à des conditions de détention décentes garantie par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, janv.-fév. 2003, n° 1, pp. 99-108
- EXPOSITO (W.), « La citoyenneté du détenu », *RPDP*, 2005, n° 1, pp. 87-105
- FAURE (S.), « Une prison pour repousser les murs de la folie », [en ligne], *Libération.fr*, <http://www.libération.fr/societe/0101655400-une-prison-pour-repousser-les-murs-de-la-folie>, publié le 2/9/2010, consulté le 23/4/2011
- FAVARD (J.), « La télévision dans les prisons », *RSC*, 1986, pp. 903-908
- FAVARD (J.), « Capacité de re-socialisation : nouvelles fonctions, nouveaux enjeux », *RPDP*, 1995, n° 2, pp. 188-190
- FAVARD (J.), « Le détenu citoyen », *RPDP*, 1989, pp. 255-272
- FIZE (M.), « Punir en prison au XIXe siècle », *RSC*, 1982, pp. 809-811
- FIZE (M.), « L'impossible contrôle du pouvoir disciplinaire en prison au siècle dernier ? », *RSC*, oct.-déc. 1988, pp. 751-755
- FOURNIER (F.) et MASSAT (E.), « Prisons et liberté de fumer. Ou comment la loi Evin ne s'applique pas aux services publics pénitentiaires », *Recueil Dalloz*, 2005, n° 31, pp. 2134-2135
- FROMENT (J.-Ch.), « Introduction », *Revue Française d'Administration Publique*, juil.-sept. 2001, n° 99, pp. 381-392
- FROMENT (J.-Ch.), « Vers une « prison de droit » ? », *RSC*, 1997, pp. 537-560
- GARCIN (Cl.), « Le maintien des liens familiaux et la détention », dans « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? ». Actes du colloque des 14 et 15 octobre 2004, *RPDP*, 2005, n° 1, pp. 67-74
- GIACOPELLI (M.), « Le contenu de la loi pénitentiaire : des avancées encore insuffisantes », *RFDA*, 2010, pp. 25-34
- GIL-ROBLES (A.), « Sauf en Moldavie, je n'ai vu de prison pire que ça ». Entretien mené par D. SIMONNOT, [en ligne], 22/9/2005. Disponible sur le site du journal *Libération*, <http://www.libération.fr/societe/0101542515-sauf-en-moldavie-je-n-ai-vu-de-prison-pire-que-ca>, consulté le 23/4/2011
- GORCE (I.), « L'administration pénitentiaire française : l'évolution de ses publics et de ses missions », *RFAP*, juil.-sept. 2001, n° 99, pp. 405-416

- GOUTTENOIRE (A.), « Les droits de l'homme en prison », dans « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? ». Actes du colloque des 14 et 15 octobre 2004, *RPDP*, 2005, n° 1, pp. 107-116
- GRENEL (L.), « Les services pénitentiaires d'insertion et de probation : mission impossible ? », [en ligne], *Lien social*, 22/9/2005, n° 766. Disponible sur le site de *Lien Social*, http://www.lien-social.com/spip.php?article833&id_groupe=12, consulté le 23/4/2011
- GRUNVALD (S.), « Casier judiciaire et effacement des sanctions : quelle mémoire pour la justice pénale ? », *AJP*, 2007, pp. 416-419
- GUERIN (G.) (coord.), « La santé en prison » [dossier], *Actualité et Dossier en Santé Publique*, 2003, n° 44, pp. 17-54
- GUIBERT (N.), « Toujours fréquentes, les violences en prison sont de plus en plus graves », *Le Monde*, 21/10/2005, p. 9
- GUIBERT (N.), « Le Genepi, trente ans d'aide aux détenus », *Le Monde*, 5/4/2006
- GUYOMAR (M.), « La justiciabilité des mesures pénitentiaires devant le juge administratif », *AJDA*, 2009, pp. 413-415
- HAUSER (F.), « Informatique et milieu carcéral : analyse des impacts d'une technologie nouvelle », *RPDP*, 1987, pp. 108-120
- HERZOG-EVANS (M.), « Droit commun pour les détenus », *RSC*, 1995, n° 3, pp. 621-638
- HERZOG-EVANS (M.), « Le droit pénitentiaire : un droit faible au service du contrôle des détenus ? », dans FAUGERON (Cl.), CHAUVENET (A.), COMBESSIE (Ph.), *Approches de la prison*, Montréal/Ottawa/Bruxelles/Paris, De Boeck Université, coll. « Perspectives criminologiques », 1996, pp. 275-296
- HERZOG-EVANS (M.), « Une loi pénitentiaire comme une réponse au problème carcéral ? », dans « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? ». Actes du colloque des 14 et 15 octobre 2004, *RPDP*, 2005, n° 1, pp. 151-162
- HERZOG-EVANS (M.), « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJ Famille*, [en ligne], 2009
- HERZOG-EVANS (M.), « Loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *Recueil Dalloz*, 2010, pp. 31-38
- HERZOG-EVANS (M.), « Les particularités du droit pénitentiaire », *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 1998, n° 31, pp. 19-34
- HERZOG-EVANS (M.), « Sanctions pénitentiaires : deux décrets ambivalents », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 18, pp. 1196-1199
- HERZOG-EVANS (M.), CERE (J.-P.), « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 1999, n° 44, Chroniques, pp. 509-516
- « L'hôpital de Fresnes fermerait en 2012 », *Le Figaro.fr*, [en ligne], 10/4/2008. Disponible sur <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2008/04/10/01011-20080410FILWWW00513-l-hopital-de-fresnes-fermerait-en-.php>, consulté le 23/4/2011
- HOURECQ (V.), « Les loisirs des détenus », *RPDP*, 1959, pp. 145-162
- « Intervention de Mr. RIEBEL, référent Règles Pénitentiaires Européennes (RPE) à la Direction Interrégionale des Services pénitentiaires de Lille lors de la rencontre Conseil d'Administrations [sic] et associations du 5 juillet 2008, Lille », *Lettre de la FARAPEJ*, [en ligne], sept. 2008, n° 1, 2 p. Disponible sur http://lettre.farapej.fr/Lettre_01.pdf, consultée le 23/4/2011
- JEGO (A.), « L'évolution dans la prise en charge de la population pénale par l'administration pénitentiaire », *RPDP*, 2004, pp. 547-553
- JOLLY (P.), « Prison récente, vieux problèmes », *Le Monde*, 15/9/2009, p. 17
- JOLLY (P.), « Des prisons d'un autre âge », *Le Monde*, 11/3/2010, p. 3
- JOLLY (P.), « Annice M., le détenu qui exigeait une cellule individuelle », *Le Monde*, 24/4/2010

- JOUVE (B.), « Prison et sanction. Le régime disciplinaire des détenus », *RPDP*, 1987, pp. 120-197
- LAMEYRE (X.), « Les deux Corps de la justice pénale. Du corps violé au corps enfermé », *Justices*, 2001, pp. 21-33
- LANDRIN (S.) et *alii*, « Une campagne contre les prisons surpeuplées », *Le Monde*, 17/1/2006, p.12
- LEMIRE (G.), « Grandeurs et limites des droits des détenus », dans *La condition juridique du détenu*. Actes du colloque international tenu à Poitiers en avril 1992, Paris, CUJAS, coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1994, pp. 61 et s.
- LEROYER (A.-M.), « Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (JO 25 nov. 2009, p. 20192) », *RTDC*, 2010, n° 1, pp. 165 -169
- LETENEUR (M.), « La discipline pénitentiaire », *RPDP*, juil.-déc.1984, n° 3-4, pp. 236-243, suivi de discussion pp. 243-248
- « Liancourt (60). La « vieille » prison compte ses années », *Le courrier picard*, [en ligne], 29/3/2010. Disponible sur le site du Courrier picard, <http://www.courrier-picard.fr/courrier/Actualites/Info-regionale/La-vieille-prison-compte-ses-annees>, consulté le 25/4/2011
- LOGEART (A.), « Nantes : la révolte des matons », *Le nouvel observateur*, 18-24/3/2004, pp. 54-55
- MANDY (C.), « Un défi pour le principe de non-discrimination : l'accès aux soins en prison », dans ALLEMAND (R.) et SOLIS-POTVIN (L.) (dir.), *Egalité et non-discrimination dans l'accès aux services publics et politiques publiques territoriales*. Actes du colloque organisé par l'Institut droit et économie des dynamiques en Europe (ID2), à Metz les 8 et 9 octobre 2007, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 33-60
- MBANZOULOU (P.), « La dangerosité des détenus. Un concept flou aux conséquences bien visibles : le PSEM et la rétention de sûreté », *AJP*, 2008, pp. 171-175
- MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, « Le Médiateur et les prisons », *Médiateur actualités, le Journal du Médiateur de la République*, septembre 2006, n° 21, p. 4
- MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, « La médiation engagée dans les établissements pénitentiaires », *Médiateur actualités, le Journal du Médiateur de la République*, avril 2005, n° 8, p. 5
- MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE, « Projet de loi pénitentiaire : les priorités pour améliorer l'accès au droit des détenus » [dossier], *Médiateur Actualités. Le journal du Médiateur de la République*, juillet 2008, n° 39, pp. 1-4
- MICAUX (M.), « Le problème des permissions de sortir », *RPDP*, oct-déc. 1978, n° 4, pp. 449-467
- MILLOT (O.), « 17 nouvelles UVF pour 2012 », [en ligne], 23/6/2008. Disponible sur le blog des groupes de Rhône-Alpes Auvergne du GENEPI, <http://genepilyon.unblog.fr/2008/06/23/17-nouvelles-uvf-pour-2012/>, consulté le 23/4/2011
- MINISTERE DE LA JUSTICE, « Dominique Perben présente un nouveau concept pénitentiaire pour une meilleure individualisation de la peine. La création d'établissements destinés aux courtes peines d'emprisonnement » [dossier de presse], [en ligne], Paris, Ministère de la Justice, 27 avril 2005, 21 p. http://www.vie-publique.fr/documents-vp/quartiers_courtes_peines_270405.pdf, consulté le 3/7/2010
- MOLINER-DUBOST (M.), « Le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », *AJDA*, 2008, pp. 84-89
- MOLINER-DUBOST (M.), « Le point sur la compatibilité du placement à l'isolement des détenus avec l'article 3 de la conv. EDH », dans « Prisons, état des lieux » [dossier], *AJP*, 2007, n° 4, pp. 160-163
- MOREL d'ARLEUX (J.), « Politique disciplinaire et gestion de la détention: dépasser la relation duale détenus/personnels », dans dossier « Les sanctions disciplinaires en prison », *AJP*, 2005, n° 11, pp. 402-404
- MOUESCA (G.), « La prison fabrique des asociaux, habités par la haine », *Le Monde*, 17/2/2006,

- PECHILLON (E.), « Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009 », *AJP*, 2009, n° 12, pp. 473-476
- PELLETIER (V.), « Les prisonniers français sont abandonnés au SIDA », *Le Monde*, 29/8/2006, p. 21
- PETIT (J.-G.), « Prisons privées, prisons d'autrefois », *Le Monde*, 11/9/1986, p. 12
- POISSON (Ph.), « La réforme Amor et sa mise en oeuvre dans l'immédiate après-guerre (1944-1950) », [en ligne], 29/10/2008,. Disponible sur *Documents du passé. Blog de Philippe Poisson*, <http://philippepoisson.unblog.fr/2008/10/29/la-reforme-amor-et-sa-mise-en-oeuvre-dans-limmediat-apres-guerre-1944-1950/>, consulté le 25/4/2011
- PONCELA (P.), « Rendre le droit accessible aux détenus », *RSC*, 1998, n° 1, pp. 161-164
- PONCELA (P.), « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », *RSC*, 2010, pp. 190-200
- PONCELA (P.), « La procédure disciplinaire carcérale dans la tourmente », *RSC*, 2001, n° 4, pp. 872-880
- PRADEL (J.), « Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n°96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1996, Chronique, pp. 319-327
- PREVOST (M.), « Quelle modernisation pour le service public pénitentiaire ? », *RPDP*, 1995, pp. 13-31
- PEREIRA (A.), « Le Conseil de l'Europe s'inquiète de la situation des détenus dans les prisons françaises », *Le Monde*, 14/2/2006, p. 12
- PERROT (M.), « Criminalité et système pénitentiaire au XIXe siècle : une histoire en développement », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques* [en ligne], 1988, n°1. Disponible via le site du Centre de Recherches Historiques de l'EHESS <http://ccrh.revues.org/index2967.html>, consulté le 25/4/2011
- RENTERGHEM (M. Van), LUCAS (Cl.), « L'invisible fin de peine », *Le Monde* du 16/2/2006, p. 19 [article issu d'un entretien avec Claude LUCAS, ancien détenu longue peine]
- RIDEL (L.), « Les aumôniers catholiques en milieu carcéral », *RPDP*, 1988, pp. 95-143 [issu du mémoire de sous-directeur de prison]
- ROSTAING (C.), « Pertinence et actualité du concept d'institution totale : à propos des prisons », dans AMOUROUS (Ch.) et BLANC (A.) (dir.), *Erving GOFFMAN et les institutions totales*, Paris L'Harmatan, coll. « Logiques sociales », 2001, pp. 137-153
- ROUBAUD (S.), « Sanctions disciplinaires et rôle des autorités judiciaires », dans « Les sanctions disciplinaires en prison » [dossier], *AJP*, 2005, n° 11, pp. 404-407
- SACOTTE (M.), « Les activités culturelles et de loisirs dans la vie carcérale », *RPDP*, 1976, pp. 736-737
- SALLES (A.), « Au centre pour peines aménagées de Metz, les détenus se préparent à la liberté », *Le Monde*, 3/11/2007, p. 10
- SALLES (A.), « La France coupable de « traitements inhumains » », *Le Monde*, 7/12/2007, p. 9
- SALLES (A.), « Prisons : quatorze jours, treize suicides », *Le Monde*, 16/1/2009, p. 3
- SALLES (A.), « L'Etat condamné en appel pour les conditions de détention en prison », *Le Monde*, 15/11/2009
- SALLES (A.), « Jean-Marie Delarue. Le juste des prisons », *Le Monde*, 24/6/2008, p. 16
- SALLES (A.), et EECKHOUT (L. van), « En rétention et en prison, des « conditions inacceptables » », *Le Monde*, 21/11/2008
- SALLES (A.), et EECKHOUT (L. van), « Pour le contrôleur général, la « sécurité passe aussi par le respect de l'intimité », *Le Monde*, 9/4/2009

- SANTI (P.), « Derrière les barreaux, le journal fait le lien », *Le Monde*, 26/12/2007, p. 3
- SAUVE (J.-M.), « Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif » Intervention à l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Lille, [en ligne], 2008 ? Disponible sur le site du Conseil d'Etat, <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/discours-et-interventions/suite-le-controle-de-ladministration-penitentiaire-par-le-juge.html>, consulté le 25/4/2011
- SEBIRE (P.), « Les quartiers de sécurité renforcée », *RPDP*, 1981, pp. 9-18, suivi de discussion pp. 19-26
- SEYLER (M.), « De la prison semi-privée à la prison vraiment publique. La fin du système de l'entreprise générale sous la IIIe République », *Déviance et Société*, 1989, vol. 13, n° 2, pp. 125-140
- SOULE (C.), « La prison de Mauzac, une expérience unique », *L'interdit*, [en ligne], août 2001, <http://notre-smala.iffrance.com/prisonmauzac.htm>, consulté le 26/4/2011
- « Spécial prison » [dossier], *Toxicomanies, hépatites, sida. La revue des addictions*, mars 2001, pp. 552-555
- TCHEN (V.), « Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire », *RFDA*, mai-juin 1997, n°13-3, pp. 597-614
- TEA (C.), « Le travail et la détention », dans « Une loi pénitentiaire : pourquoi ? Pour qui ? ». Actes du colloque des 14 et 15 octobre 2004, *RPDP*, 2005, n°1, pp. 75-84
- TOURNIER (P. V.), « Prisons d'Europe », dans « Prisons, état des lieux » [dossier], *AJP*, 2007, n° 4, pp. 168-172
- TRUC (O.), « La prison d'où on ne veut pas s'évader », *Le Monde*, 14/10/2009, p. 3
- VAN DEN BOGAARD (Cl.), « Le paradoxe des nouvelles prisons », *Passe Murailles*, janv.-fév. 2010, n°22. Disponible également sur le site du Génépi de Rennes, <http://genepi-rennes.over-blog.com/article-le-paradoxe-des-nouvelles-prisons-47375055.html>, [publié le 25/3/2010 avec note de correction du Génépi-Rennes] consulté le 25/4/2011
- VIALLET (M.), « La politique pénitentiaire, un défi pour l'administration », *RFAP*, juil.-sept. 2001, n° 99, pp. 441-454
- VIMONT (J.-Cl.), « Les missions des assistantes sociales dans la Réforme pénitentiaire après 1945 », [en ligne], 2009. Disponible sur le portail Criminocorpus, <http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article426.html>, consulté le 25/4/2011
- VINDO (S.) et VALENTI (S.), « Quartier d'isolement : la « torture blanche » », *Dedans-dehors*, mai/juin 2000, n°19
- VIOUT (J.-O.), « La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009...un long enfantement », *RFDA*, 2010, pp. 23-24

— AUTOUR DE LA PEINE ET DU DROIT PENAL

- AGORA VOX, « Fichiers policiers version 2008 : STIC et JUDEX donnent naissance à ARIANE et snobent la CNIL », [en ligne] <http://www.agoravox.fr/actualites/societe/article/fichiers-policiers-version-2008-34053>, consulté le 25/4/2011
- CERE (J.-P.), « Peine (Nature et prononcé) », *Répertoire pénal Dalloz*, Dalloz, 2008, 54 p.
- COUV RAT (P.), « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC*, 1999, pp. 376-383
- COSTAZ (C.), « Le droit à l'oubli », *Gazette du Palais* du 27 juillet 1995, doctrine, pp. 961-970
- DEBUYST (Ch.), « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, vol. XVII, n°2, rééd. dans DEBUYST (Ch.), *Essais de criminologie clinique. Entre psychologie et justice pénale*, Bruxelles, Larcier, coll. « Crimen », 2009
- DELAGE (P.-J.), « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC*, 2007, n° 4,

- GAUTRON (V.), « De la société de surveillance à la rétention de sûreté. Etapes, faux-semblants, impasses et fuites en avant », *AJP*, 2009, n° 2, pp. 53-57
- GIACOPELLI (M.), « La promotion du milieu ouvert par l'aménagement des peines », Dossier : « L'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJP*, 2005, n° 3, pp. 89-95
- HERZOG-EVANS (M.), « Peine (Exécution) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, Dalloz, mai 2005, n°231-246
- HERZOG-EVANS (M.), « Peine (Exécution) », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz, Dalloz, mai 2005 (dern. Mise à jour : mars 2010), n° 186-230
- HERZOG-EVANS (M.), « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJP*, 2007, pp. 357-363
- HERZOG-EVANS (M.), « Principes directeurs d'une réforme », dans « Nouveautés du droit de l'application des peines » [dossier], *AJP*, 2004, n°11, pp. 385-393
- HERZOG-EVANS (M.), « Le sens de l'effacement de la peine », *AJP*, 2007, n° 10, pp. 412-416
- HERZOG-EVANS (M.), « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJP*, 2009, n° 12, pp. 483- 490
- HERZOG-EVANS (M.), « Le décret du 13 décembre 2004 et les réductions de peine », dans Dossier : « L'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJP*, 2005, n° 3, pp. 97-101
- HERZOG-EVANS (M.), « La loi « récidive III » : extension et aggravation de la « probation » obligatoire », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 23, pp. 1428-1435
- JAFFELIN (E.), « Un système absurde dans une démocratie moderne », *Le Monde*, 5/9/2009, p. 23
- JANAS (M.), « Le JAP et l'aménagement des peines vers le milieu ouvert », dans Dossier : « L'aménagement des peines vers le milieu ouvert », *AJP*, 2005, n° 3, pp. 101-105
- LAFLAQUIERE (Ph.), « Un pari sur l'humain », dans « Récidive : quelles réponses judiciaires ? » [dossier], *AJP*, 2005, n° 10, pp. 358-362
- LAZERGES (Ch.), « La défense sociale nouvelle a 50 ans », *RSC*, 2005, n° 1, pp. 165-170
- LECLERE (F.), PAQUAUX (C.), « De l'obligation de soins : entre mode et pérennité ... », *Gazette du Palais*, juin 1999 1er semestre, n°167, pp. 885-891
- LEGAL (A.), « Bibliographie : Marc ANCEL, *La défense sociale nouvelle* », *Revue internationale de droit comparé*, 1968, vol. 20, n° 1, pp. 213-217
- LE GENDRE (B.) « Peut-on déléguer le pouvoir de punir ? », *Le Monde*, 27/8/1986, p. 1 et p. 10
- LEVY (R.), « Placement sous surveillance électronique : mieux évaluer avant d'aller plus loin », Propos recueillis par Pascal REMILLIEUX, *AJP*, 2005, n° 4, pp. 151-152
- LEVY (Th.), « Loi pénale : l'escalade de Sarkozy », *Le Monde*, 30/8/2007, p. 17
- MAILLARD-DESGREES DU LOU (D.), « Les soins obligatoires », *RGDM*, 2003, n°11, pp. 25-39
- MARY (Ph.), « Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ? », *Déviance et Société*, 2001, vol. 25, n° 1, pp. 33-51
- MESNIL du BUISSON (G. du), « Juge de l'application des peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2001, 44 p.
- PITOUN (A.), ENDERLIN-MORIEULT (C.S.), « Placement sous surveillance électronique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2003 [dernière remise à jour : mars 2009], 15 p.
- PONCELA (P.), « Finir sa peine : libre ou suivi? », *RSC*, 2007, pp. 883-894
- POTTIER (Ph.), « Nouveaux aménagements de peine, libération conditionnelle et SPIP », dans « L'aménagement des peines vers le milieu ouvert » [dossier], *AJP*, 2005, n° 3, pp. 105-106

- RUSCHE (G.), « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », *Déviance et société*, 1980, vol. 4, n° 3, pp. 215-228. [Traduction d'un article original en allemand publié en 1933]
- SALAS (D.), « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJP*, 2004, n° 12, pp. 430-431
- SALAS (D.), « Pourquoi punir », *Journal Français de Psychiatrie*, 2000, n°13, pp. 6-9
- SALLES (A.), « Du droit de punir à l'hôpital-prison », *Le Monde*, 13/9/2007, p. 2
- SALLES (A.), « Face au juge, les condamnés à des petites peines cherchent à éviter la case prison », *Le Monde*, 15/9/2009, p. 11
- TILLET (E.), « Histoire des doctrines pénales », *Répertoire pénal Dalloz*, Dalloz, 2002, 27 p.
- VAN DE KERCHOVE (M.) , « Les caractères et les fonctions de la peine, noeud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme », dans CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL, 2007, pp. 337-361

— A PROPOS DE LA RETENTION DE SURETE

- BADINTER (R.), « Ne pas confondre justice et thérapie ». Propos recueillis par Alain SALLES, *Le Monde*, 9-10/9/2007, p. 13
- BADINTER (R.), « La prison après la peine », *Le Monde*, 28/11/2007, p. 20
- BADINTER (R.), « Le retour de l'homme dangereux », *Le Nouvel observateur*, 31 janv-6 fév. 2008, p. 73
- BERARD (J.), « Le rapport Burgelin prend le risque de peine de folie », *Dedans-dehors*, [en ligne], 2006, n° 29, <http://www.oip.org/index.php/dedans-dehors/29-dedans-dehors/93-dossier—rapport-burgelin-nd50>, consulté le 25/4/2011
- BONFILS (Ph.), « Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC*, avril-juin 2008, n° 2, « Chronique législative », pp. 392-403
- HERZOG-EVANS (M.), « La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit », *AJP*, 2008, n° 4, pp. 161-171
- MATSOPOULOU (H.), « Le développement des mesures de sûreté justifiées par le « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux. Commentaire de la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal*, avril 2008, pp. 7-25
- SALLES (A.), « La rétention de sûreté est validée, mais encadrée », *Le Monde*, 23/02/2008, p. 10
- SALLES (A.), « Le droit pénal bascule vers la défense sociale », *Le Monde*, 23/2/2008, p. 10
- ZAGURY (D.), « Juges en blouse blanche ». Propos recueillis par Christophe BOLTANSKI, *Le Nouvel observateur*, 31 janv.-6 fév. 2008, pp. 72-73

— AU CROISEMENT ENTRE PRISON ET PSYCHIATRIE

- BERTRAND (O.), « A Lyon, la psychiatrie derrière des barreaux neufs », *Libération.fr. éd. Régionale LibéLyon*, [en ligne], 21/05/2010. Disponible sur <http://www.libération.fr/societe/0101636792-a-lyon-la-psychiatrie-derriere-des-barreaux-neufs>, consulté le 25/4/2011
- BOULAY (A.), « L'irresponsabilité pénale des malades mentaux : la position de l'APEV », dans « Irresponsabilité pénale des malades mentaux : états des lieux » [dossier], *AJP*, 2004, n° 9, pp. 318-319
- BRAHMY (B.), « Psychiatrie et prison : constats et recommandations », dans « Irresponsabilité pénale des malades mentaux : états des lieux » [dossier], *AJP*, 2004, n°9, pp. 315-318

- CANETTI (C.), « L'impossible risque zéro », *Le Monde*, 14/11/2006, p. 23
- DANET (J.), SAAS (Cl.), « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC*, 2007, n° 4, pp. 779-795
- DUBRET (G.), « UHSA : un formidable effort dans la mauvaise direction », *L'information psychiatrique*, juin-juil. 2008, vol. 84, n° 6, pp. 543-550
- DUBRET (G.), MASSARDIER (L.), CARRIERE (Ph.), « Appel contre les Unités Hospitalières Spécialement Aménagées (UHSA) [revue en ligne uniquement] *Arpenter le Champ Pénal. Lettre d'information sur les questions pénales et criminologiques*, 23/4/2007, n° 39-40, point 19, <http://arpenter-champ-penal.blogspot.com/2007/04/acp-39-40.html>, consulté le 25/4/2011
- JOLLY (P.), « Près de Lyon, un hôpital-prison pour les détenus souffrant de troubles mentaux », *Le Monde*, 12/5/2010, p. 13
- JOURDAN (V.), « Moins cher que l'hôpital, la prison », *Le Monde diplomatique*, juillet 2006, pp. 18-19. Disponible en ligne, <http://www.monde-diplomatique.fr/2006/07/JOURDAN/13612>, consulté le 25/4/2011
- LAMOTHE (P.), « Les UHSA ne sont pas des alibis humanitaires », *L'Humanité*, 31/5/2010. Disponible en ligne sur le site l'humanité.fr, http://www.humanite.fr/2010-05-31_Idees-Tribune-libre-Histoire_Les-Uhsa-ne-sont-pas-des-alibis-humanitaires, consulté le 31/7/2010
- LIGER (D.), « La réforme des règles applicables en matière d'irresponsabilité pénale des malades mentaux : un projet critiquable », *AJP*, 2004, n° 10, pp. 361-363
- MAYAUD (Y.), « Les malades mentaux entre non-imputabilité et imputation », dossier : « Irresponsabilité pénale des malades mentaux : états des lieux », *AJP*, 2004, n° 9, pp. 303-309
- PHAM (Th. H.), « Evaluation du risque de récurrence violente et sexuelle », dans « A propos de la dangerosité... » [dossier], *Santé Mentale*, mai 2008, n° 128, pp. 38-42
- PECHILLON (E.), « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques », *AJP*, 2010, pp. 322-325
- RENNEVILLE (M.), « Les deux figures du crime en déraison », dans « Irresponsabilité pénale des malades mentaux : états des lieux » [dossier], *AJP*, 2004, n° 9, pp. 309-311
- ROQUES (A.), BOURRIER (Ch.), « Le rôle de l'expert psychiatre dans la décision du juge pénal », *RPDP*, 2004, n° 3, pp. 609-616
- SENON (J.-L.), MANZANERA (C.), « Psychiatrie et justice pénale : à la difficile recherche d'un équilibre entre soigner et punir », dans dossier « Récidive : quelles réponses judiciaires ? », *AJP*, 2005, n° 10, pp. 353-357
- SENON (J.-L.), MANZANERA (C.), « L'obligation de soins dans la loi renforçant la lutte contre la récurrence », *AJP*, 2007, n° 9, pp. 367- 371
- SENON (J.-L.), MANZANERA (C.), « Psychiatre et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJP*, 2008, pp. 176-180
- SENON (J.-L.), MANZANERA (C.), « Troubles mentaux et prison », dans « Prisons, état des lieux » [dossier], *AJP*, 2007, n° 4, pp. 155-160
- SENON (J.-L.), RICHARD (D.), « Punir ou soigner : histoire des rapports entre psychiatrie et prison jusqu'à la loi de 1994 », *RPDP*, 1999, n° 1, pp. 97-110
- ZAGURY (D.), « Irresponsabilité pénale du malade mental : le rôle de l'expert », dossier : « Irresponsabilité pénale des malades mentaux : états des lieux », *AJP*, 2004, n° 9, pp. 311-315

— CONCERNANT LES LIBERTES PUBLIQUES

- BIANCHI (V.), « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJP*, 2007, n° 10, pp. 420-423

- BORELLA (F.), « Le concept de dignité de la personne humaine », dans Ph. PEDROT (dir), *Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian BOLZE*, Paris, Economica, 1999, pp. 29-38
- CALLEWAERT (J.), « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », dans *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, pp. 13-38
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit « fondamental », et droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, pp. 323-329
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATION ET DES LIBERTES (CNIL), « Contrôle du STIC : Les propositions de la CNIL pour une utilisation du fichier plus respectueuse du droit des personnes », [en ligne], 20/1/2009. Disponible sur le portail de la CNIL, <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/contrôle-du-stic-les-propositions-de-la-cnil-pour-une-utilisation-du-fichier-plus-respectueuse-du/>, consulté le 25/4/2011
- DREYER (E.), « Le respect de la vie privée, objet d'un droit fondamental », *Communication Commerce Electronique*, mai 2005, n° 5, pp. 21-26
- FLAUSS (J.-F.), « La CEDH et le droit des libertés publiques » dans « Actualité de la Convention européenne des Droits de l'homme », *AJDA*, fév. 1993, p. 111
- GAUTRON (V.), « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJP*, 2007, n° 2, pp. 57-61
- LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », dans *La Constitution de 1958 en 20 questions*. Dossier en ligne sur le site du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/secjur.htm> [lien brisé] consulté le 8/12/2006, Aujourd'hui disparu du site du Conseil constitutionnel
- MARINO (L.), « Les nouveaux territoires des droits de la personnalité », *Gazette du Palais Recueil bimestriel*, mai-juin 2007, doctrine, pp. 1477-1483
- MAROT (P.-Y.), « Fonctions et mutations des fichiers de police (Surveiller, enquêter et punir) », *AJP*, 2007, n° 2, pp. 61-64
- MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, Chronique, pp. 211-212
- PAVIA (M.-L.), « Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *Les Petites Affiches*, 6/5/1994, n° 54, pp. 6-13
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juil.-août 1998, (hors-série annuel), pp. 6-42
- SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des Droits de l'homme ? », dans *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, pp. 381-398
- VEDEL (R.), « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJP*, 2007, pp. 64 -68
- WALTER (A. von), « La protection de la dignité humaine face au droit communautaire », *AJDA*, 2005, n° 3, pp. 152-155

— AUTOUR DE LA NOTION DE SERVICE PUBLIC ET DES DROITS DE L'USAGER ;

DROIT DU SERVICE PUBLIC

- BORGETTO (M.), « Secours publics et service public », dans G. J. GUGLIELMI (dir.), *Histoire du service public*, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 2004, pp. 37-58
- CARBAJO (J.), « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA*, 1981, pp. 1776-181
- CHEVALLIER (J.), « Les droits du consommateur usager de services publics », *Droit social*, 1975 n° 2, pp. 75-88
- CHEVALLIER (J.), « Figures de l'usager », dans CURAPP, *Psychologie et science administrative*,

Paris, PUF, 1985, pp. 35-69

CHEVALLIER (J.), « For intérieur et contrainte institutionnelle », dans CURAPP, *Le for intérieur*, Paris, PUF, 1995, pp. 251-266

CHEVALLIER (J.), « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? (à propos de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations) », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 38, Chronique, pp. 575-584

CHEVALLIER (J.), « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », dans *Réformer les administrations, le dilemme entre unité et diversité*, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 25- 45

CHEVALLIER (J.), « Regards sur une évolution », dans *Le service public, unité et diversité*, *AJDA* numéro spécial, 1997, pp. 8-15

DONIER (V.), « Les lois du service public : entre tradition et modernité », *RFDA*, 2006, n° 6, pp. 1219-1235

DONIER (V.), « Les droits de l'usager et ceux du citoyen », *RFDA*, 2008, n° 1, pp. 13-19

DUGUIT (L.), « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice HAURIOU*, tome I, Paris, Sirey, 1929, pp. 253-284

HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *AJDA*, 1997, numéro spécial, pp. 55-68

KOUBI (G.), « Révolution et Service public pendant la Commune de Paris de 1871 », dans GUGLIELMI (G.J.) (dir.), *Histoire et service public*, Paris, PUF, 2004, pp. 83-141

LACHAUME (J.-F.) « Remarques sur quelques aspects récents du renforcement jurisprudentiel de la compétence de la juridiction administrative » dans *Mélanges offerts à Marcel WALINE. Le juge et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 1974, tome II, pp. 479-496

MARGAIRAZ (D.), « L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, juil.-sept. 2005, n°52-3, pp. 10-32

MESTRE (J.-L.), « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *EDCE*, 1988, n°40, pp. 187-209

PERALDI-LENEUF (F.), « Le consommateur-citoyen et la mutation des obligations de service public », dans KOVAC (R.) et SIMON (D.), *Service public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*. Actes du colloque de Strasbourg de 1996, Paris, La documentation Française, 1998, pp. 373-396

THOMAS (I.), « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA*, 2004, pp. 330- 345

TRUCHET (D.), « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, pp. 427-439

TRUCHET (D.), « Unité et diversité « grands principes » du services public », *AJDA*, juin 1997, numéro spécial, pp. 38-46

VOISSET (M.), « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », *RFDA*, 1999, pp. 743-749

— DROIT ADMINISTRATIF

CHARLIER (R.-E.), « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », *JCP*, 1954, I, n° 1169

CHRETIEN (P.), « Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif. La notion d'urgence », *RFDA* 2007, pp. 38-45

COMBEAU (P.), FORMERY (S.), « Le décret du 8 décembre 2008 : un nouvel éclairage sur le « droit souterrain » ? », *AJDA*, 2009, pp. 809-816

DESWARTE (M.-P.), « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *RFDC*

1993, n° 13, pp. 23-58

HECQUARD-THERON (M.), « De la mesure intérieure », *AJDA*, mai 1981, pp. 235-244

ILIOPOULOU (A.), « Quatre ans d'application de la jurisprudence Duvignères », *RFDA*, 2007, pp. 477-488

LAVRIC (S.), « Projets de loi relatifs au défenseur des droits », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2101

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, n°30-31, pp. 381-412

MONTECLER (M.-Ch. de), « Le Défenseur des droits pourra être saisi directement par le citoyen », *AJDA*, 2009, p. 1584

PELLISSIER (G.), « Recours pour excès de pouvoir (Conditions de recevabilité) », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2002, (non remis à jour pour éd. 2009), 41 p.

SALES (E.), « Droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP*, 2004 n° 1, pp. 207-241

SCHWARTZ (R.), « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA*, juin 2007, numéro spécial, pp. 47-54

SEILLER (B.), « Acte administratif », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2003, 62 p.

SOUSA SANTOS (B. de), « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, 1988, n°10, pp. 363-387

VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1954, p. 21-53

— DROIT DE LA SANTE, DROITS DES MALADES

BURGELIN (J.-F.), « L'obligation d'informer expliquée au médecin », dans *Rapport de la Cour de cassation 1999*, Paris, La Documentation française, pp. 71-80

CADEAU (E.), « La « démocratie sanitaire » : « erreur », « commodité » ou « écart » de langage ? Propos introductifs aux actes du XVIIIe Atelier du C.E.R.D.E.S. », *RGDM*, 2004, n° 12, pp. 9-16

DECKER (M.), « Article 19 de la loi du 4 mars 2002 : les contraintes paradoxales », *L'information psychiatrique*, 2003, vol. 79, n°6, pp. 477-480 [Disponible également en ligne sur le portail John Libbey Eurotext, <http://www.john-libbey-eurotext.fr/e-docs/00/03/FA/28/article.phtml>, consulté le 23/4/2011]

DEGUERGUE (M.), « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA*, 2002, n° 6, p. 508-516

DOURAKI (Th.), « Principes des droits du patient en Europe », *RTDH*, 1996, n° 26, pp. 157-172

LAUDE (A.), « Le consommateur de soins », *Recueil Dalloz*, 2000, n° 26, pp. 415-419

LAUDE (A.), « Les droits collectifs des usagers du système de santé », *LPA*, 19/6/2002, n° 122, pp. 23-27

LAUDE (A.), « Le patient, nouvel acteur de santé ? », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 17, pp. 1152-1155

MATHIEU (B.), « Les droits des personnes malades », *LPA*, 19/6/2002, n° 122, pp. 10-18

MOREAU (J.), « Le droit de la santé », *AJDA*, juil.-août 1998 (numéro spécial), pp. 185-190

— DROIT DES TUTELLES

DUBOIS (Ph.), PAILLET (E.), « Incapables majeurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2008 (1994), 74 p.

FOSSIER (Th.), VERHEYDE (Th.), « Réforme des tutelles : la protection de la personne », *AJ Famille*, 2007, pp. 160 et s.

— AUTRES SUJETS

- DELEVOYE (J.-P.), « Je suis inquiet, le chacun pour soi a remplacé l'envie de vivre ensemble ». Propos recueillis par Françoise Fressoz et Cécile Prieur, *Le Monde*, 21/2/2010
- VEDEL (G.), « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990, n° 11 : Définir le droit/2, pp. 67-71
- TANGUY (Y.), « L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine », *RDV*, 1991, pp. 61-79

IV. CONTRIBUTIONS A PROPOS DE JURISPRUDENCES

IV.A. Chroniques

- BERNAUD (V.), GAY (L.), « Droit constitutionnel mars 2008-décembre 2008 », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1852-1860
- BOUCHER (J.), BOURGEOIS-MACHUREAU (B.), « Le juge administratif et le détenu », *AJDA*, janv. 2008, Chronique générale de jurisprudence administrative française, pp. 128-135
- BOULOC (B.), « Chronique législative », *RSC*, 2006, pp. 640-652
- BOYON (M.) et NAUWELAERS (M.) , « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 1976, pp. 199-201
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.), PECHILLON (E.), « Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 562-570
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.) et PECHILLON (E.), « Actualité de droit de l'exécution des peines », *Recueil Dalloz*, 2002, Chronique, pp. 110-118
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.), PECHILLON (E.), « Droit de l'exécution des peines : panorama 2004 », *Recueil Dalloz*, 2005, n°15, pp. 995-1004
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.), PECHILLON (E.), « Droit de l'exécution des peines : panorama 2005 », *Recueil Dalloz*, 2006, n°16, pp. 1078-1084
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.), PECHILLON (E.), « Exécution des peines. Décembre 2005-mars 2007 », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1229-1235
- CERE (J.-P.), HERZOG-EVANS (M.), PECHILLON (E.), « Exécution des peines. Janvier 2008-février 2009 », *Recueil Dalloz*, 2009, n°20, pp. 1376- 1384
- DUTHEILLET de LAMOTHE (O.) et ROBINEAU (Y.), « Chronique général de de jurisprudence administrative française », *AJDA*, janv. 1979, pp. 22-26
- FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention Européenne des droits de l'homme (septembre 2007-février 2008) », *AJDA*, 2008, pp. 978-991
- GALLOUX (J.-Ch.) et GAUMONT-PRAT (H.), « Droits et libertés corporels. Janvier 2007-février 2008 », *Recueil Dalloz*, 2008, n°21, Panorama, pp. 1435-1447
- HONORAT (E.) et BAPTISTE (E.), « Chronique générale de jurisprudence administrative », *AJDA*, mai 1989, pp. 308-321
- PONCELA (P.) , « Chronique de l'exécution des peines. Années 2004-2005 », *RSC*, 2006, p. 423-430
- PONCELA (P.), « Chronique de l'exécution des peines. Choix de jurisprudence- Juridictions administratives, européennes et judiciaires -Année 2007 », *RSC*, 2008, pp. 404-415

IV.B. Commentaires, observations ou notes de jurisprudence

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- APPLETON (J.), [Note sous l'arrêt Cass, civ., 6/5/1936, « O. C..., Dr T.. et Dr C... »], *Recueil Dalloz*

- BENOIT (L.), En cas d'hospitalisation d'office, la personne intéressée doit être informée des motifs de la mesure ». [Note sous arrêt CAA Marseille, 6/7/2000, « *Monsieur et Madame S.* » (= « *Monsieur et Madame SIBONI* »), req. n° 99MA05523 et 99MA05524], *AJDA*, 20/11/2000, pp. 897-898
- BONNEFONT (R.), « Les limites du référé-liberté en matière d'hospitalisation d'office » [Note sous l'arrêt CE, 1/4/2010, « *M. S* » [= « *Monsieur Charles SARABIA* »], req. n°335753], *LPA*, 29/7/2010, n°150, pp. 15- 20
- BOUMAZA (A.), « Plaidoyer pour la «judiciarisation» du contentieux de l'hospitalisation psychiatrique ». [Note sous l'arrêt CAA Paris, 23/3/2005, « *Monsieur André B.* », req. n°01PA0267], *Gazette du Palais*, 14/7/2005, n°195, pp. 7-14
- BRONDEL (S.), « Hospitalisation d'office : qui doit établir le certificat circonstancié ? » [Note à propos de l'arrêt CE, 9/6/2010, « *Monsieur Pierre L.* », req. n°321506], *AJDA*, 2010, n°21, p. 1175
- CALLEWAERT (J.), « L'affaire Herczegfalvy ou le traitement psychiatrique à l'épreuve de l'article 3 ... et vice versa ». Observations sous l'arrêt Cour EDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY c/Autriche* », req. n°10533/83, *RTDH*, 1993, pp. 430-443
- CHAVRIER (G.), « Le renforcement des obligations de motivation des arrêtés d'hospitalisation d'office et de celles relatives au respect du droit à la vie privée ». [Note sous l'arrêt CAA Marseille, 29/3/2004, « *Commune de Montpellier* », req. n°00MA01467], *JCP A*, 2004, 19/7/2004, n°30, pp. 1027-1029, n°1489
- DIEU (F.), « Hospitalisation sous contrainte et encadrement thérapeutique de l'information délivrée au malade. Note sous CE, 10 avril 2009, M. Rivoallan, n°289794 », *RDSS*, juil.-août 2009, n°4, pp. 688-695
- ESPER (Cl.), « Hospitalisation psychiatrique : pas de motivation de l'admission en placement volontaire ». [Note sous l'arrêt CE, 1ère et 4e ssr, 26/7/1996, « *CHS Sainte-Marie de Cayssols* », req. n°158029], *Droit administratif*, nov. 1996, p. 32.
- FORGES (J.-M. de), « Visites. Droit à une vie familiale normale. Etablissement psychiatrique. Règlement intérieur (TA Versailles, 12 mars 1998, M. Seidel c/ C.H. de Perray-Vaucluse, req. n°961195) », *RDSS*, 1998, n°34(4), « Actualité juridique », p. 831
- FOSSIER (Th.), « Les conditions de la mainlevée d'une hospitalisation psychiatrique d'office » [Note sous l'arrêt CA Paris, (1ère chb. B), 17/6/2004, « *Max VERMOTE c/ Préfecture des Hauts-de-Seine* », req. n°04/06710], *JCP G*, sept. 2004, n°39, II, pp. 1641-1642, n°10139
- FOSSIER (Th.), « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? Note sous Conseil d'Etat, 1er avril 2005, M. X... [sic] n°264627 », *RDSS*, 2005, pp. 450-455
- GRAND (R.), « Hospitalisation d'office : la séparation des juridictions viole le droit à un recours effectif » [Note sous l'arrêt de la Cour EDH, 18/11/2010, « *BAUDOIN c/ France* », req. n°35935/03], *AJDA*, 2010, p. 2239
- « Hôpitaux : pouvoirs de police du directeur d'un établissement psychiatrique », *Droit administratif*, 1998, n°5, pp. 26-27
- LANDAIS (Cl.), LENICA (F.), « Le placement d'office et ses deux juges ». [Note sous l'arrêt CE sect., 1/4/2005, « *Madame L.* », req. n° 264627], *AJDA*, juin 2005, pp. 1231-1234
- MEMETEAU (G.), « Démarchage. Patient hébergé. Droit de la consommation (oui) ». (Versailles, 28/2/1997, « *Société Appareillage médical Saint-Louis c/ M.* », *Juris-Data* 040638), *RDSS*, 1998, n°34(1), « Etablissements de santé privés. Actualité juridique », p. 109
- MODERNE (F.), [Note sous l'arrêt TA Pau, 18/3/1964, « *SEMPE c/ Préfet des Basses-Pyrénées* »], *Recueil Dalloz Sirey*, 1965, pp. 312-320
- MODERNE (F.), [Note sous arrêt du Tribunal des Conflits, 6/11/1978, « *BERNARDI c/ Association*

hospitalière Sainte-Marie », req. n°2.087], *RTDSS*, 1979, pp. 92-96

REMILLIEUX (P.), « Hospitalisation d'office : le JLD a l'obligation de statuer sur une demande de mainlevée dans un délai raisonnable. [Note sous l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris, 17/6/2004, req. n°2004/06710 », *AJP*, sept. 2004, n°9, pp. 330-331

STARK (J.-H.), BERNARDET (Ph.), « Les pouvoirs des juges de l'urgence en matière d'internement psychiatrique d'office » [Note sous ordonnances TA Versailles, 23/6/2004, req. n°0429112 et TGI Versailles, 25/6/2004, RG n°04/00069] , *JCP G*, fév. 2005, II, pp. 221-222, n°10015

— AUTOUR DE LA PRISON ET DE LA PEINE

BESLE (D.), « Les limites de la liberté d'expression des détenus ». [Note sous l'arrêt CAA Lyon, 30/6/2005, « *Ministre de la Justice c/ M. HENAF* », req. n° 00LY01591], *AJDA*, 2006, pp. 313-315

CADEAU (E.), « CAA Nantes, 28 octobre 2009 [sic], Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ M. P. G., req. n°09NT02289 », dans « Chronique des arrêts de la CAA de Nantes, *JCP A* (semestriel), 2010

CERE (J.-P.), « L'isolement en prison d'un terroriste ne constitue pas un traitement inhumain et dégradant, mais viole l'article 13 de la Convention européenne ». [A propos de l'arrêt CEDH, 1ère sect., 27/1/2005, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* »], *Recueil Dalloz*, 2005, n°19, p. 1272-1275

CERE (J.-P.), « A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du pénaliste » [Note sur l'arrêt CE, 17/2/1995, « *Monsieur Pascal MARIE* », req. n°97754], *RFDA*, juil.-août 1995, pp. 826-833

CERE (J.-P.), « Admission du recours pour excès de pouvoir contre une décision plaçant un détenu à l'isolement [Note sous l'arrêt CE, 17/2/2008, « *Section Française de l'observatoire international des prisons* », req. n°293786], *AJP*, 2009, pp. 87-88

COSTA (D.), « Le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré est susceptible de recours pour excès de pouvoir » [Note sur arrêt CE, 30/7/2003, « *Garde des Sceaux c/REMLI* »], *AJDA*, 2003, pp. 2090-2093

ENDERLIN (C.S.), « Possibilité d'un référé-suspension contre une sanction de mise en cellule disciplinaire », *AJP*, nov. 2005, n°11, p. 422

FOURNIE (F.), MASSAT (E.), « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale : observations sur une jurisprudence mouvante ». [Note sous l'arrêt CAA Paris, 19/12/2005, « *BOUSSOUAR c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice* », req. n° 05PA00868], *Recueil Dalloz*, 2006, n°20, pp. 1352-1356

FOURNIE (F.), MASSAT (E.), « Prisons et liberté de fumer. Ou comment la loi Evin ne s'applique pas aux services publics pénitentiaires » [Note sous l'arrêt TA Caen, 21/12/2004, « *Monsieur X.* », req. n°0301698], *Recueil Dalloz*, 2005, n°31, pp. 2134-2136

GRAËVE (L. de), « « Big brother » sous le regard du juge administratif ; validation du placement sous surveillance électronique mobile par le Conseil d'Etat. Conseil d'Etat, 12 déc. 2007, Section française de l'Observatoire international des prisons, req. n°293993 », *RFDA*, 2008, pp. 999-1009

HERZOG-EVANS (M.), « Isolement carcéral : un arrêt du Conseil d'Etat révolutionnant les sources du droit pénitentiaire ».[Note sur l'arrêt CE, 31/10/2008, « *Section française de l'observatoire international des prisons* »], *Recueil Dalloz*, 2009, n°2, pp. 134-139

HERZOG-EVANS (M.), « Loi pénitentiaire : la suspension médicale de peine toujours accessible en-dehors de l'urgence », [Note sous l'arrêt CA Aix-en -Provence, 16/2/2010, req. n°159-J-2010], *AJP*, 2010, pp. 253- 254

HERZOG-EVANS (M.), « Prisons : encore une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ». [Commentaire de l'arrêt Cour EDH, 9/7/2009, « *KHIDER c/ France* », req. n° 39364/05], *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2462-2466

- HERZOG-EVANS (M.), « Détenus : vers un droit à procréer ? » [Note sur l'] Arrêt rendu par la cour européenne des droits de l'homme. 4 décembre 2007, *AJP*, 2008, pp. 47-49
- LAUDIJOIS (M.), « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale ». [Note sur l'ordonnance CE, 8/9/2005, « Monsieur X. », req. n° 284803], *AJDA*, 2006, pp. 376-380
- MELLERAY (F.), « La réforme réglementaire de l'isolement des détenus à l'épreuve des exigences constitutionnelles et conventionnelles », note sous CE, sect., 31/10/2008, « Section française de l'observatoire international des prisons », req. n°293785, *Droit administratif*, janv. 2009, pp. 31-32
- MODERNE (F.), « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale. Observations sur une « jurisprudence immobile » : Conseil d'Etat, Assemblée, 27 janvier 1984, Caillol », *RFDA*, 1984, pp. 187-194
- MODERNE (F.), « A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral. Le point de vue du publiciste ». [Note sur l'arrêt CE, 17/2/1995, « Monsieur Pascal MARIE », req. n°97754], *RFDA*, juil-août 1995, pp. 822-826
- PECHILLON (E.), « Mesure d'ordre intérieur et réglementation par voie de circulaire : les limites du contrôle de l'activité pénitentiaire ». [Note sous l'arrêt CE, 12/3/2003, « Monsieur FREROT », req. n° 237437], *Recueil Dalloz*, 2003, n°24, pp. 1585-1589
- PRADEL (J.), « Le domicile dans lequel les règles de la perquisition doivent être suivies doit être pourvu des équipements nécessaires à l'habitation affective ou abriter une activité permanente. [Note sur l'] arrêt rendu par Cour de Cassation, crim., 17 octobre 1995, n°95-81.847 », *Recueil Dalloz*, 1996, pp. 256-257
- ROETS (D.), « Fouilles corporelles intégrales et arbitraire pénitentiaire (CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c/ France*) », *RSC*, 2008, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, pp. 140 et s.
- ROETS (D.), « La privation de liberté de sûreté allemande (Sicherungsverwahrung) : une « peine » soumise au principe de non-rétroactivité. (CEDH, 5e section, 17 décembre 2009, M. c/Allemagne, req. n°19359/04) », *RSC*, 2010, pp. 236-239
- RUIZ-FABRI (H.), [Note sous CE, 15 janvier 1992, M. Cherbonnel, req. n°97149], *La Revue administrative*, 1992, pp. 222-224

— AUTOUR DU DROIT ADMINISTRATIF ET DES LIBERTES PUBLIQUES

- BOITEAU (Cl.), « Vers une définition du service public ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI) », *RFDA*, 2007, pp. 803-811
- CASSIA (P.) et BEAL (A.), « L'interprétation finaliste de l'urgence ». [Note sous l'ordonnance CE, 28/2/2003, « Commune de Perthuis », n° 254411], *AJDA*, 2003, pp. 1171-1178
- DONNAT (F.), CASAS (D.), « Les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction font grief ». [A propos de l'arrêt « *DUVIGNERES* »], *AJDA*, 2003, pp. 487-489
- GAUDEMET (Y.), « Sur la gratuité des services publics administratifs (conseil d'Etat, 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens c. ministre chargé des Transports*) », *RDP*, 1989, pp. 1464-1471
- HAURIOU (M.), [Note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 22/2/1918, « *COCHET d'HATTECOURT* »], *Recueil Sirey*, 1921, IIIe partie, pp. 9-10
- LEBRETON (G.), « Port de signes religieux et laïcité de l'enseignement public » [Note sous l'arrêt CE, 2/11/1992, « *KHEROUAA* »], *LPA*, 24/5/ 1993, n°62, pp. 4-10
- RIVERO (J.), [Note sous Conseil d'Etat, 7/2/1936, « *JAMART* »], *Recueil Sirey*, 1937, IIIe partie, p. 113-118
- TAILLEFAIT (A.), « Le principe de neutralité commerciale des établissements scolaires » [Commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 novembre 2002, « *MOLINIER* », req. n° 23427],

IV.C. Conclusions et observations des rapporteurs

—AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

- BOISSARD (S.), « La suspension d'une mesure d'internement d'office par le juge des référés administratifs ». Conclusions sur CE, 6/11/2001, « *Monsieur Fabrice DESLANDES* », req. n° 235-247, *LPA*, 3/4/2002, n°67, pp. 13- 17
- BOISSARD (S.), « Le contrôle des mesures d'internement d'office dans un établissement psychiatrique ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 28/7/2000, « *E.A.* » [= « *Monsieur Eric ASSAD* »], *RFDA*, nov.-déc. 2001, pp. 1239-1249
- LEPELLETIER, Observations sur l'arrêt Cass. civ., 27/12/1875, « *Sieur SIMILIEN c/ MESNET et MOTTET* », *Dalloz périodique*, 1876, I, p. 66-68
- PAIX (E.), « Quel formalisme pour la décision de maintien en hospitalisation d'office ? ». [Conclusions sur l'arrêt CAA Marseille, 7/7/2008, « *Mme S.* », req. n°07MA00708], *AJDA* 2008, pp. 2226-2228
- REVERCHON, Conclusions sur l'arrêt Cass. civ., 27/12/1875, « *Sieur SIMILIEN c/ MESNET et MOTTET* », *Dalloz périodique*, 1876, I, pp. 68-70

—CONCERNANT LA PRISON

- CELERIER (Th.), « Le contrôle du juge sur le maintien en isolement d'un détenu ». Conclusions sur l'arrêt TA Paris, 15/3/2007, « *M. KHIDER* » (deux espèces), req. n° 05-19080 et 06-15396, *AJDA*, sept. 2007, n°30, pp. 1664-1667
- FRYDMAN (P.), « Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées. Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 17 février 1995 (2 espèces), 1/M. Pascal Marie 2/ Philippe Hardouin », *RFDA*, mars-avril 2005, pp. 353-369
- GEFFRAY (J.-E.), Conclusions sur les arrêts CAA Nantes, 28/10/2010, « *Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Messieurs Anthony PEREIRA GUIMARAES, Sébastien MENARD et Roger GAUTHIER* », req. n°09NT02289, 09NT02290, 09NT02291, [document non publié]
- GENEVOIS (B.), « Conclusions de Bruno Genevois » sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 27/1/1984, « *CAILLOL* », *RDP*, 1984, n°2, pp. 483-497
- GUYOMAR (M.), « Limites des mesures d'ordre intérieur en matière pénitentiaire. Déclassements d'emploi et changements d'affectation des détenus. Conclusions sur Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2007, M. Planchenault, req. n°290420 (1ère espèce), et Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. BOUSSOUAR, req. n°290730 (2e espèce), *RFDA*, janv.-fév. 2008, pp. 87-103
- GUYOMAR (M.), « Le régime de l'isolement pénitentiaire. Conclusions sur Conseil d'Etat, section, 31 octobre 2008, Section française de l'Observatoire international des prisons, req. n° 293785 », *RFDA*, 2009, pp. 73-87
- LANDAIS (Cl.), « Le cas des « rotations de sécurité ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Ass., 14 décembre 2007, « *M. Payet*, req. n°306432 », *RFDA*, janv.-fév. 2008, pp. 104-108

—CONCERNANT LE DROIT ADMINISTRATIF GENERAL ET LES LIBERTES PUBLIQUES

- BOISSARD (S.), « A propos du secret des correspondances ». Conclusions sur Conseil d'Etat, 9 avril 2004, *Vast* » [dans dossier : « Référé-liberté et voie de fait »], *RFDA*, 2004, n°4, pp. 778-780
- FOMBEUR (P.), « Les circulaires impératives sont des actes faisant grief. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 18 décembre 2002, Mme Duvignères », *RFDA*, 2003, pp. 280-289
- FRYDMAN (P.), « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. A propos des « lanciers de nains ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 27 octobre 1995

(2 espèces), 1/ Commune de Morsang-sur-Orge 2/ Ville d'ix-en-Provence », *RFDA*, nov. déc. 1995, n°6, pp. 1204-1215

V. SITES INTERNET

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE ET DU SYSTEME DE SANTE FRANÇAIS

Clinique de La Borde, <http://www.cliniquedelaborde.com/>, 2006-2008, consulté le 23/4/2011

Fédération d'aide à la santé mentale Croix-Marine, <http://www.croixmarine.com/fasm.html>, 2004-2011, consulté le 23/4/2011

Union Nationale des Amis et Familles de Malades Psychiques (UNAFAM). Site du siège national, <http://www.unafam.org/>, 2010, consulté le 23/4/2011

Fédération Nationale des Associations d'usagers en Psychiatrie (FNAPSY), <http://www.fnapsy.org/>, consulté le 23/4/2011

Soin, Etude et Recherche en Psychiatrie (SERPSY), <http://www.serpsy.org/>, 1998-2010, consulté le 23/4/2011

Haute Autorité de Santé (HAS), http://www.has-sante.fr/portail/jcms/j_5/accueil, 2010, consulté le 23/4/2011

DELIS [Droits et libertés face à l'informatisation de la société] Santé Mentale Rhône-Alpes, <http://www.delis.sgdg.org/menu/psychiatrie/SmRa200412info.htm>, consulté le 23/4/2011

La Ferme du Vinatier, http://www.ch-le-vinatier.fr/ferme/la_ferme_presentation.php, 2010, consulté le 23/4/2011

Centre hospitalier Le Vinatier, <http://www.ch-le-vinatier.fr/>, 2010, consulté le 23/4/2011

Centre de psychiatrie et neurosciences français, http://www.broca.inserm.fr/site_cpn/new/equipes2.php?equipe=102010, consulté le 23/4/2011

L'Accueil Familial Thérapeutique (AFT), <http://www.famidac.fr/article9.html>, 1998-2010, consulté le 23/4/2011

— AUTOUR DU SYSTEME PENITENTIAIRE ET DE LA PEINE

Ministère de la justice et des libertés, <http://www.justice.gouv.fr/>, 2010, consulté le 23/4/2011

Ban public. Association pour la communication sur les prisons et l'incarcération en Europe, <http://www.prison.eu.org>, 2010, consulté le 23/4/2011

Criminocorpus. Le portail sur l'histoire de la Justice, des crimes et des peines, <http://www.criminocorpus.cnrs.fr/>, 2005-2011, consulté le 23/4/2011

— CONCERNANT LES DEUX THEMES OU D'AUTRES SUJETS

CNIL-Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, <http://www.cnil.fr/>, 2004-2011, consulté le 23/4/2011

Conseil de l'Europe, <http://www.coe.int/defaultfr.asp>, 2004-2011, consulté le 23/4/2011

Conseil de l'Europe. Commissaire aux droits de l'Homme, http://www.coe.int/t/commissioner/Activities/mandate_fr.asp, 2004-2010, consulté le 23/4/2011

Légifrance, <http://www.legifrance.gouv.fr/>, -2011, consulté le 23/4/2011

Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>, 2002-2011, consulté le 23/4/2011

VI. EMISSIONS RADIOPHONIQUES ET TELEVISUELLES

VI.A. — Emissions radiophoniques

— AUTOUR DE LA PSYCHIATRIE

ARTIERES (Ph.) [prod.], « La folie revisitée : Franco BASAGLIA (1924-1980) », *Radio libre*, 28 mai 2005, DAVID (Gh.) [réal.], France-Culture, 2005

BOUIN (A.) et CANTIE (V.), « La psy ne tourne pas rond », *Interception*, France-Culture, 8 octobre 2006

CONFAVREUX (J.) [prod.], « La psychiatrie en état de manque, chapitre I : L'urgence psychiatrique », *On est tous dans le brouillard*, 4 mai 2005, WILLER (P.) [réal.], France-Culture, 2005

CONFAVREUX (J.) [prod.], « La psychiatrie en état de manque, chapitre II : La folie en famille », *On est tous dans le brouillard*, 11 mai 2005, WILLER (P.) [réal.], France-Culture, 2005

GALCERAN (S.), « La psychiatrie en état de manque, chapitre III », diffusé dans CONFAVREUX (J.) [prod.], *On est tous dans le brouillard*, 18 mai 2005, WILLER (P.) [réal.], France-Culture, 2005

MUNIER (J.) [prod.], « Schizo-analyse » avec S. NADAUD, *Les chemins de la connaissances* du 2 juin 2005, CAMAR (F.), DESVIGNES (A.-P.) [réal.], France-Culture, 2005

OMELIANENKO (I.) [prod.], « Voyage en psychiatrie », *De grandes traversées*, F. TESTE [réal.], semaine du 7 au 11 août 2006 [Cinq matinées d'émissions en trois volets (archive(s), débat et document/enquête sur le terrain) concernant la psychiatrie et sa pratique actuelle ainsi que ses théories]

VULPIAN (L. de) [prod.], « La psychiatrie en prison », *Conférence de la rédaction*, 2 septembre 2001, BRAULT (A.) [réal.], France-Culture, 2001

— AUTOUR DE LA PRISON

CLEMENT (A.) [prod.], « Les enfermés : Femmes en prison I », BERLAMONT (Ch.), [réal.], *Sur les Docks*, du 2/10/2006, France-Culture, 2006

CLEMENT (A.) [prod.], « Les enfermés : Femmes en prison II », BERLAMONT (Ch.), [réal.], *Sur les Docks*, du 3/10/2006, France-Culture, 2006

CHASLIN (F.) [prod.], « Les architectes et la prison », *Métropolitains*, 11/01/2006, France-Culture

CHASLIN (F.) [prod.], « Rencontre avec Robert BADINTER », *Métropolitains*, 4/01/2006, France-Culture

GARAPON (A.) [prod.], « La violence en prison », *Le Bien commun*, France-Culture, 2006

SANDLARZ (J.), « Toul : dedans », [série de 3 émissions], ROUX (Ch.) [réal.], diffusé dans KRONLUND (S.) [prod.], *Les pieds sur Terre*, France-Culture, du 11 au 13/9/2006

SANDLARZ (J.), « Toul : dehors » [série de 2 émissions], ROUX (Ch.) [réal.], diffusé dans KRONLUND (S.) [prod.], *Les pieds sur Terre*, France-Culture, 14 et 15/9/2006

VI.B. — Télévision

— EMISSION TELEVISUELLE

BELLAY (J.) [Maximal productions, prod.], CALVI (Y.) [animateur], « Le pousseur fou du métro », *C dans l'air*, France 5, 7/4/2010, 65 mn

— FILMS DOCUMENTAIRES

MUXIER (P.) [réal.], SOLLIERS (B. de) [réal.], *Histoires autour de la folie*, Paris, France 3/Skyline/M de S films, 1993, [réed. Paris, ed. Montparnasse, coll. « Regards », 2006 en 2 DVD avec adjonction d'un entretien avec Guy BAILLON, 3 juin 2006, 107 mn et 104 mn]

KLIPPER (I.) [réal.], *Sainte-Anne, hôpital psychiatrique*, Arte France/Les films Grain de sable, diff. le 7/5/2010, 90 mn

VII. EXPOSITION

« L'impossible photographie – Prisons parisiennes (1851-2010) », Paris, Musée Carnavalet, du 10 fév. au 4 juil. 2010

VIII. DISCOURS OFFICIEL

SARKOZY (N.), *Discours de Nicolas SARKOZY, Président de la République, dit « discours d'Antony »*, [en ligne], Antony, 2/12/2008. Disponible sur le site psyapsy.org, 13/12/2008 http://www.psyapsy.org/index.php?option=com_content&task=view&id=472&Itemid=1, consulté le 23/4/2011

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. DECISIONS DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

I.A. – Décisions de la Commission Européenne

Comm. EDH, 8/3/1962, « *Ilse KOCH c/ RFA* »

Comm. 9/5/1977, « *X c/ Suisse* »

Comm. Rapport 13/12/1979, « *HAMER c/ Royaume-Uni* »

Comm. Rapport du 15 décembre 1988, « *GRACE c/ Royaume-Uni* »

Commission, 9/5/1990, « *Van VOLSEM* », RUDH 1990, pp. 349 et s., note F. SUDRE

Commission EDH, 29/6/1994, « *G. et M. L. et le Groupe Information Asiles c/ France* », req. n°17734/91

I.B. – Décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme³⁵³⁴

Cour EDH, 23/7/1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique »* dite « *Affaire linguistique belge* », req. n°1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64

Cour EDH, 7/12/1976, « *Handyside* », req. n°5493/72

Cour EDH, 18/1/1978, « *Irlande c/ Royaume-Uni* », req. n°5310/71

Cour EDH, 25/4/1978, « *TYRER c/ Royaume-Uni* », req. n° 5658/72

Cour EDH, 6/9/1978, « *KLASS c/ Allemagne* », req. n°5029/71

Cour EDH, 26/4/1979, « *Sunday Times c/ Royaume-Uni* », req. n°6538/74

Cour EDH, 24/10/1979, « *WINTERWERP c/ Pays-Bas* », req. n°6301/73

Cour EDH, 13/5/1980, « *ARTICO c/ Italie* », req. n°6694/74

Cour EDH, 5/11/1981, « *X contre Royaume-Uni* », req. n° 7215/75

Cour EDH, 25/3/1983, « *SILVER et autres c/ Royaume-Uni* », req. n°5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75

Cour EDH, 23/11/1983, « *Van der MUSSELE c/ Belgique* », req. n°8919/80

Cour EDH, 28/6/1984, « *CAMPBELL et FELL c/ Royaume-Uni* », req. n°7819/77 et n° 7878/77

³⁵³⁴ Toutes les décisions de la Cour Européenne sont en ligne sur la base de données HUDOC de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cour EDH, 2/8/1984, « *MALONE c/ Royaume-Uni* », req. n°8691/79

Cour EDH, 26/3/1985, « *X et Y c/ Pays-Bas* », req. n°8978/80

Cour EDH, 26/3/1987, « *LEANDER c/ Suède* », req. n°9248/81

Cour EDH, 24/5/1989, « *HAUSCHILDT c/ Danemark* », req. n° 10486/83

Cour EDH, 7/7/1989, « *SOERING c/ Royaume-Uni* », req. n° 14038/88

Cour EDH, 24/4/1990 « *KRUSLIN c/ France* » et « *HUVIG c/ France* », req. n°11801/85 et 11105/804

Cour EDH, 27/9/1990, « *WASSINK c/ Pays-Bas* », req. n°12535/86

Cour EDH, 26/4/1991, « *EZELIN c/ France* », req. n°11800/85

Cour EDH, 27/8/1991, « *DEMICOLI c/ Malte* », req. n°13057/87

Cour EDH, 27/8/1992 « *TOMASI c/ France* », req. n°12850/87

Cour EDH, 24/9/1992, « *HERCZEGFALVY c/ Autriche* », req. n°10533/83

Cour EDH, 16/12/1992, « *NIEMIETZ c/ Allemagne* », req. n° 13710/88

Cour EDH, 25/2/1993, « *FUNKE c/ France* », req. n°10828/84

Cour EDH, 26/2/1993, « *MESSINA c/ Italie* », req. n°13803/88

Cour EDH, 25/5/1993, « *KOKKINAKIS c/ Grèce* », req. n°14307/88, RFDA, 1995, pp. 573-581, note H. SURREL

Cour EDH, 27/10/1993, « *DOMBO BEHEER B.V c/ Pays-Bas* », req. n°14448/88

Cour EDH, 9/12/1994, « *LOPEZ OSTRAL c/ Espagne* », req. n°16798/90

Cour EDH, 26/9/1995, « *VOGT c/ Allemagne* », req. n° 17851/91

Cour EDH, 22/11/1995, « *C.R. c/ Royaume-Uni* », req. n°20190/92

Cour EDH, 22/11/1995, « *S.W. c/ Royaume-Uni* », req. n°20166/92

Cour EDH, 23/10/1995, « *SCHMAUTZER et alii c/ Autriche* », req. n°15523/89

Cour EDH, 4/12/1995, « *RIBITSCH c/ Autriche* », req. n°18896/91, RUDH, 1996, pp. 9 et s. obs. F. SUDRE

Cour EDH, 21/2/1996, « *M. A. HUSSAIN c/ Royaume-Uni* », req. n° 21928/93

Cour EDH, 21/2/1996, « *SINGH c/ Royaume-Uni* », req. n° 23389/94

Cour EDH, 23/4/1996, « *REMLI c/ France* », req. n°16839/90

Cour EDH, 25/2/1997, « *FINDLAY c/ Royaume-Uni* », req. n°22107/93

Cour EDH, 25/2/1997, « *Z c/ Finlande* », req. n° 22009/93

Cour EDH, 27/8/1997, « *M. S c/ Suède* », req. n°20837/92

Cour EDH, 27/3/1998, « *J.J. c/ Pays-Bas* », req. n°21351/93

Cour EDH, 24/8/1998 « *LAMBERT c/ France* », req. n°23618/94

Cour EDH, 28/7/1999 « *SELMOUNI c/ France* », req. n°25803/94

Cour EDH, 6/4/2000, « *LABITA c/ Italie* », req. n°26772/95, RTDH, 2001, p. 117, obs. A. BEERNAERT

Cour EDH, 4/5/2000, « *ROTARU c/ Roumanie* », req. n°28341/95

Cour EDH, Grande Chambre, 26/10/2000, « *KUDLA c/ Pologne* », req. n°30210/96,

Cour EDH, 6/3/2001, « *DOUGOZ c/ Grèce* », req. n° 40907/98

Cour EDH, 22/3/2001, « *STRELETZ, KESSLER et KRENTZ c/ Allemagne* », req. n°34044/96 ; 35532/97 ; 44801/98

Cour EDH, 3/4/2001, « *KEENAN c/ Royaume-Uni* », req. n° 27229/95

Cour EDH, 7/6/2001, « *PAPON c/ France* », req. n°64666/01, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VI, pp. 447-458 [arrêt ne figurant pas sur la base de données HUDOC de la Cour européenne].

Cour EDH, 24/7/2001, « *VALASINAS c/ Lituanie* », req. n°44558/98

Cour EDH, 2/10/2001, « *STANKOV et Organisation Macédonienne unie Ilinden c/ Bulgarie* », req. n° 29221/95 et 29225/95

Cour EDH, 15/11/2001, « *IWANCZUK c/ Pologne* », req. n°25196/94

Cour EDH, 14/3/2002, « *Paul et Audrey EDWARDS c/ Royaume-Uni* », req. n°46477/99

Cour EDH, 29/4/2002, « *PRETTY c/ Royaume-Uni* », req. n°2346/02

Cour EDH, 18/6/2002, « *DELBEC c/ France* », req. n° 43125/98,

Cour EDH, 27/6/2002, « *D.M. c/ France* », req. n° 41376/8

Cour EDH, Gr. Chb, 11/7/2002, « *GOODWIN c/ Royaume-Uni* », req. n°28957/95

Cour EDH, 15/7/2002, « *KALACHNIKOV c/ Russie* », req. n° 47095/99

Cour EDH, 27/9/2002, « *L.R. c/ France* », req. n° 33395/96

Cour EDH, 5/11/2002, « *ALLAN c/ Royaume-Uni* ». req. n°48539/99

Cour EDH, 5/11/2002, « *Mme M. LAIDIN c/France* », req. n° 43191/98

Cour EDH, 14/11/2002, « *MOUISEL c/ France* », req. n° 67263/01

Cour EDH, 4/2/2003, « *Van der VEN c/ Pays-Bas* », req. n°50901/99

Cour EDH, 3/6/2003, « *COTLET c/ Roumanie* », req. n°38565/97

Cour EDH, 3/6/2003, « *PANTEA c/ Roumanie* », req. n°33343/96, *JCP G*, 2003, I, p. 160, n° 3, chron. F. SUDRE

Cour EDH, 29/4/2003, « *ALIEV c/ Ukraine* », req. n° 41220/98

Cour EDH, 27/11/2003, « *HENAF c/ France* », req. n° 65436/01

Cour EDH, 15/1/2004, « *MATENCIO c/ France* », req. n°58749/00

Cour EDH, 1er/04/2004, « *RIVAS c/ France* », req. n°59584/00

Cour EDH, 18/4/2004, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », req. n° 44362/04

Cour EDH, 19/5/2004, « *R. L. et M.-J. D. c/ France* », req. n°44568/98

Cour EDH, 24/6/2004, « *Von HANNOVER c/ Allemagne* », req. n°59320/00

Cour EDH, Gr. Chb, 8/7/2004, « *ILASCU et autres c/ Moldova et Russie* », req. n° 48787/99

Cour EDH, 27/7/2004, « *SLIMANI c/ France* », req. n°57671/00

Cour EDH, 10/11/2004, « *TASKIN et al. c/ Turquie* », req. n°46117/99

Cour EDH, 1ère sect., 27/1/2005, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* », req. n°59450/00

Cour EDH, 16/6/2005, « *STORCK c/ Allemagne* », req. n°61603/00

Cour EDH, 26/7/2005, « *SILIADIN c/ France* », req. n°73316/01

Cour EDH, 13/10/2005, « *MOGOS c/ Roumanie* », req. n°20420/02

Cour EDH, 20/12/2005 « *WISSE c/ France* », req. n°71611/01

Cour EDH, 18/10/2005, « *SCHEMKAMPER c/ France* », req. n°75833/01

Cour EDH, 27/10/2005, « *MATHIEU c/ France* », req. n°68673/01

Cour EDH, Gr. Chb, 10/11/2005, « *Leyla SAHIN c/ Turquie* », req. n°44774/98

Cour EDH, 22/11/2005, « *Belkiza KAYA et autres c/ Turquie* », req. n°33420/96 et 36206/97

Cour EDH, 17/1/2006, « *BARBIER c/ France* », req. n° 76093/01

Cour EDH, 7/2/2006, « *SCAVUZZO-HAGER et autres c/ Suisse* », req. n°41773/98

Cour EDH, 7/3/2006, « *Madame Eliane VAN GLABEKE c/France* », req. n°38287/02

Cour EDH, 28/3/2006, « *GAULTIER c/ France* », req. n° 41522/98

Cour EDH, 18/4/2006, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », req n°44362/04

Cour EDH, Grande Chambre, 4/7/2006, « *RAMIREZ SANCHEZ c/ France* », req. n°59450/00

Cour EDH, 6/7/2006 « *SALAH c/ Pays-Bas* », req. n°8196/02

Cour EDH, 6/7/2006, « *BAYBASIN c/ Pays-Bas* », req. n°13600/02 [disponible uniquement en anglais]

Cour EDH, 6/7/2006, « *SYLLA c/ Pays-Bas* », req. n°14683/03, [disponible uniquement en anglais]

Cour EDH, Gr. Chb, 11/7/2006, « *JALLOH c/ Allemagne* », req. n° 54810/00, *JCP G*, 2007, I, 106, n°1, chron. F. SUDRE

Cour EDH, 11/7/2006, « *RIVIERE c/ France* », req. n° 33834/03

Cour EDH, 24/10/2006, « *VINCENT c/ France* », req. n°6253/03

Cour EDH, 16/1/2007, « *MENVIELLE c/ France* », req. n°97/03

Cour EDH, Gr. Chb, 10/4/2007, « *Mrs. N. EVANS c/ Royaume-Uni* », req. n°6339/05

Cour EDH, 12/6/2007, « *FREROT c/ France* » req. n°70204/01

Cour EDH, Gr. Chb, 4/12/2007, « *DICKSON c/ Royaume-Uni* », req n°44362/04

Cour EDH, 9/7/2009« *KHIDER c/ France* », req. n°39364/05

Cour EDH, 12/2/2008, « *KAFKARIS c/ Chypre* », req. n°21906/04

Cour EDH, 16/10/2008, « *RENOLDE c/ France* », req. n° 5608/05, , *AJ Pénal* 2009, pp. 41-42, obs. J-P. CERE

Cour EDH, 16/7/2009, « *SULEJMANOVIC c/ Italie* », req. n°22635/03

Cour EDH, 17/12/2009, « *GARDEL c/ France* », req. n°16428/05

Cour EDH, 17/12/2009, « *BOUCHACOURT c/ France* », req. n°5335/06

Cour EDH, 17/12/2009, « *M. B. c/ France* », req. n°22115/06

Cour EDH, 17/12/2009, « *M. c/ Allemagne* », req. n°19359/04

Cour EDH, 18/11/2010, « *Monsieur Claude BAUDOIN c/ France* », req. n°35935/03

Cour EDH, 21/12/2010, « *Virginie RAFFRAY TADDEI c/ France* », req. n° 36435/07

Cour EDH, 20/01/2011, « *Pascal PAYET c/ France* », req. n°19606/08

II. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

II.A. — Décisions des tribunaux administratifs

TA Besançon, 6/6/1986 « *Centre Hospitalier de Belfort* »

TA Limoges, 16/5/1991, « *RANNAUD* », *JCP*, 1992, IV, p. 37, n°344

TA Caen , 30/11/1993, « *Jean-Pierre PONTIUS* »

TA Versailles, 28/2/1997, « *Société Appareillage médical Saint-Louis* », *RDSS*, 1998, n°34(1), pp. 109-110, [non publié mais une note de G. MEMETEAU]

TA Marseille, 4/3/1998, « *MARIA* », inédit mais cité dans J-P. CERE et M. HERZOG-EVANS, « La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 509

TA de Versailles, 12/3/1998, « *M. SEIDEL c/ CH de Perray-Vaucluse* », req. n° 961195, Légifrance, mentionné aux tables

TA Rouen 3/2/1999, « *Monsieur Christophe A.* », req. n°98617, [en ligne] Légifrance ; *Rec. Lebon*, 1999, [intégré dans le volume des Tables 1999], pp. 549-550 ; *LPA*, 18/2/2000, n°35, p. 16, note MARLIAC-NEGRIER

TA Dijon, 27/1/2004, req. n°022234, *Recueil Dalloz*, 2005, n°15, « Panorama », p. 1000 et pp. 1003-1004, obs. E. PECHILLON

TA Cergy-Ponthoise, 1/7/2004 « *Monsieur Gilbert M.* », req. n° 0007594

TA Versailles, ord. référé, 23/6/2004, « *J-P. D c/ Préfet des Yvelines* », req. n°042912, *JCP G*, 2005, 2/2/2005, n° 5, II, pp. 221-222, n°10015, note J-H. STARK et Ph. BERNARDET

TA Rouen, 30/7/2004, « *Monsieur N.* », req. n° 0200894, *AJP*, 2004, n°11, p. 414

TA de Toulouse, 30/11/2004, *AJP*, 2005, n°2/2005, p. 78, obs. J-P. CERE

TA Rouen 26/5/2005, « *Monsieur J-F. P.* », *AJP*, 2006, n°1, pp. 45-46, note M. HERZOG-EVANS

TA de Versailles, ord. référé, 29/7/2005, « *M. F.* », req. n°0506282

TA Pau, 19/8/2005, req. n°0501583, *AJP*, nov. 2005, n°11, p. 422

TA de Versailles, ord. référé, 28/11/2005, « *Madame X* », req. n°059542

TA de Versailles, ord. référé, 28/11/2005, « *TOBIANA c/ Préfet des Hauts de Seine* », req. n°059547

TA Pau, 17/6/2006, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1097, obs. M. HERZOG-EVANS

TA Versailles, ord. référé, 30/6/2006, « *Madame Catherine K. c/ Préfet des Hauts de Seine* »

TA Paris, 15/3/2007, « *M. KHIDER* » (deux espèces), req. n° 05-19080 et 06-15396, *AJDA*, sept. 2007, n°30, pp. 1664-1667

TA Rouen, 27/3/2008, « *M. DONAT* », req. n° 0602590, *Recueil Dalloz* 2008, pp. 1959-1963, note M. HERZOG-EVANS ; *AJP*, 2008, pp. 245-246, note E. PECHILLON ; *AJDA* 2008, p. 668, note J-M. PASTOR

TA Rouen, ord. référé, 6/5/2009, n°0900578, « *M. Paul TURNER, M. Yannick FREGER et M. Mohamed KADOURLI* », *AJP*, 2009, p. 278, obs. E. PECHILLON

TA Nantes, 8/7/2009, « *M. Roger GAUTHIER* », req. n°055547

II.B. – Décisions des Cours administratives d'appel

CAA Nantes, 26/7/1991, « *Nicole et Vincent ONNO* », req. n° 89NT00852, Légifrance, inédit au *Recueil* ; *RFDA* 1992, pp. 270 et s., note R. HOSTIOU

CAA Bordeaux, 29/5/1995, « *Monsieur René X* », req. n°94BX00794, Légifrance, inédit au *Recueil* ; *Recueil Dalloz*, 1996, Jurisprudence, p. 39

CAA Bordeaux, 27/11/1995, « *M. BERNARDET* », req. n° 94BX01716, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables

CAA Paris, 25/5/1999, « *GAUDEL* », req. n°96PA02212, [en ligne], Légifrance, inédit au *Recueil*

CAA Marseille, 6/7/2000, « *Monsieur et Madame SIBONI* » [= « *Monsieur et Madame S.* »], req. n° 99MA05523 et 99MA05524, *AJDA*, 2000, pp. 958-959

CAA Nantes, 7/2/2002, « *P. c/ Centre Hospitalier Spécialisé de Caen* », n° 01NT00836, [en ligne], Légifrance, inédit au *Recueil*

CAA Bordeaux (2e chb.), 28/5/2002, « *Madame Annick X.* », req. n° 99BX01892, [en ligne], Légifrance, inédit au *Recueil*

CAA Marseille, 29/3/2004, « *Commune de Montpellier* », req. n°00MA01467, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables ; *JCP A*, 2004, 19/7/2004, n°30, pp. 1027-1029, n°1489, note G. CHAVRIER

CAA Douai, 14/12/2004, « *SDIS de l'Eure* », req. n° 01DA00380, *AJDA*, 2005, n°17/2005, p. 963

CAA Bordeaux, 30/12/2004, « *M. MENVIELLE c/ CHS de Lannemazan* », req. n°00BX01060, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Bordeaux, 17/5/2005, « *BAUDOIN* », req. n°01BX01503, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Lyon, 30/6/2005, « *Ministre de la Justice c/ M. HENAF* », req. n°00LY01591, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil ; *AJDA* 2006, pp. 313-315

CAA Paris, 19/12/2005, « *BOUSSOUAR c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice* », req. n° 05PA00868, [en ligne], Légifrance ; *Recueil Dalloz*, 2006, n°20, pp. 1352-1356

CAA Bordeaux, 26/12/2006, « *M. BENAZET* », req. n° 04BX01853, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Marseille, 7/7/2008, « *Mme S.* », req. n°07MA00708, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil ; *AJDA*, 2008, pp. 2226 et s. avec concl. E. PAIX, « Quel formalisme pour la décision de maintien en hospitalisation d'office ? », préc.

CAA Versailles, 18/11/2008, req. n° 07VE00323, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Nantes, 30/12/2008, « *Garde des Sceaux c/ M. C* », req. n° 08NT00331

CAA Marseille, 18/5/2009, « *Consorts X.* », req. n°08MA00741, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Versailles, 26/5/2009, « *Monsieur Jean-François X.* », req. n°07VE00007, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Lyon, 9/7/2009, « *Monsieur André X.* », req. n°07LY02624, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables

CAA Douai, 12/11/2009, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/M. Paul TURNER, M. Yannick FREGIER et M. Mohamed KADOURLI* », req. n°09DA00782, [en ligne], Légifrance

CAA Nancy, 21/6/2010, « *Mademoiselle A* », req. n°09NC00127, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Bordeaux, 22/6/2010, « *Madame Marie-Thérèse X* », req. n°09BX02335, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CAA Nantes, 28/10/2010, « *Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés c/ Messieurs Anthony PEREIRA GUIMARAES, Sébastien MENARD et Roger GAUTHIER* », req. n°09NT02289, 09NT02290 [en ligne], 09NT02291 [en ligne], Légifrance

II.C. – Arrêts et avis du Conseil d'Etat

CE, 15/12/1853, « *BIEMAIS* »

CE, conflit, 6/12/1855, « *ROTSCHILD c/ LARCHER et Administration des Postes* », req. n°26953, *Rec. Lebon*, 1855, p. 707-709

CE, 20/12/1855, « *Commune d'Issoudun* », req. n°26.205, *Rec. Lebon*, 1855, pp. 759-761

CE, 10/6/1859, « *Bouchers de Lyon* », req. n°29584 et 29724, *Rec. Lebon*, 1859, pp. 451-455

CE, 19/7/1860, « *Port de Bercy* », req. n°30401, pp. 563-566

CE, 25/2/1864, « *LESBATS* », req. n°34028, pp. 210-213

CE, 16/12/1881, « *Département de la Sarthe* », req. n° 57.453, *Rec. Lebon*, 1881, pp. 980-981

CE, 13/12/1889, « *CADOT c/ Vile de Marseille* », req. n°66145, *Rec. Lebon*, 1889, pp. 1148-1154

CE, 10/01/1902, « *Gaz de Deville les-Rouen* », req. n°94624, *Rec. Lebon*, 1902, pp. 5-6

CE, 4/5/1906, « *LACROIX* », *Rec. Lebon*, 1906, p. 365

CE, 21/12/1906, « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey - Tivoli* »,

req. n°19167, *Rec. Lebon*, 1906, pp. 969-970

CE, 12/7/1907, « *BOUVET* », req. n°22472, *Rec. Lebon*, 1907, pp. 673-674

CE, 22/7/1910, « *Sieur FEDEL et autres* », req. n°26286, *Rec. Lebon*, 1910, pp. 620-621

CE, 21/7/1911 « *Dame veuve FERNEL et son fils FERNEL* », req. n° 42.759, *Rec. Lebon*, 1911, pp. 844-845

CE, 29/12/1911, « *CHOMEL* », req. n° 31.953, *Rec. Lebon*, 1911, pp. 1265-1266

CE, 10/5/1912 « *Abbé BOUTEYRE* », *Rec. Lebon* 1912, p. 553, concl. HELBRONNER ; M. LONG et alii, *GAJA*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 12e ed., 1999 (1956), arrêt n° 27, pp. 150-153

CE, 25/7/1913, « *Fédération des amicales des instituteurs et institutrices de France* », req. n°39747, *Rec. Lebon*, 1913, pp. 922-923

CE, 4/1/1918 « *Mineur ZULEMARO* » et « *Mineur DUCHESNE* », req. n°60668, *Rec. Lebon*, 1918, pp. 9-10

CE, 22/2/1918, « *COCHET d'HATTECOURT* », *Recueil Sirey*, 1921, IIIe partie, pp. 9-10

CE, 3/12/1920, « *Union générale des fonctionnaires de l'enregistrement* », req. n°65798, *Rec. Lebon*, 1920, pp. 1033-1034

CE, 20/2/1924, « *CARADET* », req. n°77832, *Rec. Lebon*, 1924, pp. 194-195

CE, 19/11/1924 « *DEVEZ* », req. n°80900, *Rec. Lebon*, 1924, pp. 904-905

CE, 10/01/1930, « *Sieur DESPUJOL* », req. n°97263 et 05822, *Rec. Lebon*, 1930, p. 30

CE, 28/7/1932, « *Sieur BRUNAUX* », req. n°15. 926, *Rec. Lebon*, 1932, p. 816

CE, 6/3/1935, « *Sieur BRUNAUX* », req. n°37648 à 37651, 37648 bis et 37649 bis, *Rec. Lebon*, 1935, p. 295

CE, 7/2/1936, « *JAMART* », *Recueil Sirey* 1937, IIIe partie, pp. 113-118

CE, 2/3/1938, « *Sieur ABET* », req. n°58718 , *Rec. Lebon*, 1938, p. 224

CE, 21/10/1938, « *LOTE* », req. n°57120, *Rec. Lebon*, 1938, pp. 786-787

CE, 28/12/1949, « *Société Ciné Lorrain* », req. n°1.334, *Rec. Lebon* ,1949, p. 584

CE Ass., 17/2/1950, « *Dame LAMOTTE* », req. n°86949, *Rec. Lebon* 1950, pp. 110-111

CE, 24/3/1950, « *Sieur BIZIERE* », req. n°97.337, *Rec. Lebon* 1950, pp. 191-192

CE, 30/6/1950, « *Ministre des Travaux publics c/ Société Merrienne frères et autres* », req. n°1.274, *Rec. Lebon*, 1950, pp. 408-409

CE Ass., 7/7/1950, « *Sieur DEHAENE* », req. n° 01645, *Rec. Lebon*, 1950, p. 426

CE, 25/1/1952, « *Consorts LASSALLE-BARRERE* », req. n°1.514, *Rec. Lebon*, 1952, pp. 60-61

CE, 11/5/1953, « *OUMAR SAMBA NIANG HARRANE* », *Rec. Lebon*, 1953, p. 218

CE, 10/7/1953, « *RESSAIRE* », req. n°553, *Rec. Lebon*, 1953, tables, p. 777

CE Ass, 29/1/1954, « *Institution Notre-Dame du Kreisker* », req. n°7134, *Rec. Lebon*, 1954, pp. 64-66

CE, 20/10/1954, « *CHAPOU* », req. n°15282, *Rec. Lebon*, 1954, p. 541

CE, 15/7/1958, « *DUFOUR* » req. n° 2.313, *Rec. Lebon*, 1958, pp. 458-459

CE, 18/11/1960, « *Dame FARGEAUD d'EPIED* », req. n°99.726, *Rec. Lebon*, 1960, p. 640

CE Ass, 10/1/1964, « *Ministre de l'Agriculture c/ SIMONNET* », req. n°57946, *Rec. Lebon*, 1964, pp. 19-20

CE, 20/11/1964, « *Ville de Nanterre* », req. n°57.435, *Rec. Lebon*, 1964, p. 563

CE, 8/12/1967, « *Sieur KAYANAKIS* », req. n°69.544, *Rec. Lebon*, 1967, pp. 475-476

CE, 8/12/1967, « *Sieur CASTELLAN* », req. n°70.236, cité *Rec. Lebon* 1967, p. 476

CE, 25/6/1969, « *VINCENT* »

CE, 13/2/1970, « *Dame VIGAN, Sieur KRASNICK et autres et Syndicat national de l'enseignement supérieur* », req. n° 79.162, 79.247, 79.298, *Rec. Lebon*, 1970, pp. 110-113

CE, 13/1/1971, « *Sieur PLANCHON* », req. n°80.251, *Rec. Lebon*, 1971, pp. 33-34

CE, 12/2/1971, « *Sieur REBATEL* », *Rec. Lebon*, 1971, p. 123

CE, Ass., 28/1/1972, « *Conseil transitoire de la faculté des lettres et sciences humaines de Paris* », req. n° 79.200, *Rec. Lebon*, 1972, pp. 86-87

CE, 14/11/1973, « *Ministre de la Justice c/ Dame ZANZI* », req. n°86.752, *Recueil Lebon*, 1973, pp. 645-646

CE, 10/5/1974, « *DENOYEZ et CHORQUES* », req. n°88032 et 88148, [en ligne], Légifrance

CE, 7/1/1976, « *CHR d'Orléans* », req. n°92162, *Rec. Lebon*, 1976, p.10

CE, 14/10/1977, « *Syndicats CGT et CFDT* », req. n°98.807, *Rec. Lebon*, 1977, pp. 383-384

CE, 13/10/1978, « *ADASEAR du Rhône* », *AJDA*, janv.1979, pp. 22-26

CE, 26/1/1979, « *Consorts BOURGAUX* », req. n°99.511, *Rec. Lebon*, 1979, pp. 30-31

CE, 4/5/1979, « *Comité d'action des prisonniers et autres* », req. n°00.096-00.218, *Rec. Lebon*, 1979, pp. 183-185 ; *Recueil Dalloz*, 1980, pp. 433 et s., note DRAPIER

CE, 12/3/1980, « *CHS de Sarreguemines* », *Rec. Lebon*, 1980, p. 141

CE, 13/12/1981, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ époux JASPARD* », req. n° 24.179, *Rec. Lebon*, 1981, tables, p. 907 ; *Gazette du Palais*, 1982, pp. 656-657, note J. GUYENOT

CE, 9/6/1982, « *Dame Veuve HARDY* », req. n° 26.608

CE, 15/10/1982, « *Ministère de l'Education Nationale contre Epoux RODE* », *AJDA*, 1982, pp. 698 et s.

CE, 30/3/1984, « *Hôpital-hospice de Mayenne c/ BARAS* », req. n°24.621, *Rec. Lebon*, 1984, p. 142

CE, 5/12/1984, « *Ville de Versailles c/ LOPEZ de ARIAS* », req. n°48.639, *Rec. Lebon*, 1984, pp. 399-400

CE, 7/6/1985, « *OBERTO* », req. n° 48.125, *RDP*, 1986, p. 923

CE, 12/11/1986, « *M. WINTERSTEIN* », req. n°62.622, 62.623 et 62.624

CE, Avis, 19/11/1987, « *Bulletins officiels et autres publications administratives* », n° 342940, [en ligne], site du Conseil d'Etat. Disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/342940.pdf>, consulté le 26/4/2011

CE, 29/1/1988 « *Dame LABIDI* », *Gazette du palais*, 1988, 1, somm. p. 226

CE, 21/10/1988, « *Syndicat national des transporteurs aériens c. ministre chargé des Transports* », *RDP*, 1989, Note de jurisprudence, pp. 1471-1473

CE, 7/1/1976, « *CHR d'Orléans* », req. n°92162, *Rec. Lebon*, 1972, p. 10

CE, 14/10/1977, « *Syndicats CGT et CFDT* », req. n°98807, *Rec. Lebon*, 1977, pp. 383-384

CE, 26/1/1979, « *Consorts BOURGAUX* », req. n°99511, *Rec. Lebon*, 1979, pp. 30-31

CE, 4/5/1979, « *Comité d'action des prisonniers et autres et syndicat de la magistrature* », req. n° 00.096 – 00.218, *Rec. Lebon*, 1979, pp. 182-185

CE, 12/3/1980, « *CHS de Sarreguemines* », req. n°12572, *Rec. Lebon*, 1980, pp. 141-142

CE, Ass., 27/1/1984, « *Alain CAILLOL* », req. n°31985, *Rec. Lebon*, 1984, p. 28 ; *RFDA*, 1984, p. 194

CE, 8/11/1985, « *Ministre de l'Education nationale c/ RUDENT* », req. n°55.594, *Rec. Lebon*, 1985, pp. 316-317

CE, 10/1/1986, « *Commune de Quingey* », req. n°58.908, *Rec. Lebon*, 1986, pp. 3-4

CE, 11/12/1987, « *Ville de Besançon c/ LABBEZ* », req. n°48642, *Rec. Lebon*, 1987, tables, p. 757

CE, 21/10/1988, « *Syndicat des avocats de France* », n° 70-066, *Rec. Lebon*, 1988, p. 373 ; *AJDA*, 1988, pp. 766 et s.

CE, 31/3/1989, « *Ministre de l'Intérieur c/ LAMBERT* », req. n° 69.547 et 71.747, *Rec. Lebon*, 1989, pp. 110-112 ; *AJDA*, 1989, pp. 310-312, chron. E. HONORAT et E. BAPTISTE

CE, 3/11/1989, « *M. PITALUGUE* », req. n°85.424, *Rec. Lebon*, 1989, tables, p. 772, p. 830 et p. 833

CE Ass., Avis, 27/11/1989, « *Port du foulard islamique* », n° 346893, [en ligne], *RAJF*, <http://www.rajf.org/spip.php?article1065>, consulté le 26/4/2011

CE, 10/10/1990, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Monsieur HYVER* », req. n° 107266, *Légifrance*, mentionné aux tables

CE Ass., 9/11/1990, « *THERON c/ Garde des Sceaux, Ministre de la Justice* », req. n°101168, *Rec. Lebon*, 1990, pp. 313-314

CE, 19/7/1991, « *Melle Marthe BOYER-MANET* », req. n° 95915, [en ligne], *Légifrance*, inédit au Recueil

CE, 2/11/1992, « *M. KHEROUAA et Mme KACHOUR, M. BALO et Mme KIZIC* », req. n°130.394, *Rec. Lebon*, 1992, pp. 389-390, *RFDA*, 1993, pp. 118-119 ; concl. D. KESSLER, pp. 112-118

CE, Ass., Avis, 24/6/1993, « *Tarifcation de la SNCF* », n°353.605, [en ligne], site du Conseil d'Etat, <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/avis/353605.pdf>, consulté le 30/1/2011

CE, 14/3/1994, « *YILMAZ* », req. n°145.656, *Rec. Lebon*, 1994, pp. 129-130

CE, 18/3/1994, « *Madame DEJONCKEERE et autres* », req. n°140870, *Rec. Lebon*, 1994, pp. 762 et s.

CE, Ass., 17/2/1995, « *Monsieur Pascal MARIE* », n°97754, *Rec. Lebon*, 1995, p. 84, concl. FRYDMAN

CE, 3/3/1995, « *M. R.C.* », req. n° 127124, [en ligne], *Légifrance*, inédit au Recueil

CE, 3/3/1995, « *Madame R. M L.* », req. n°120980, [en ligne], *Légifrance*, inédit au Recueil

CE, 3/3/1995, « *Ministre de l'Intérieur c/ F.D.* », req. n° 112856, *Rec. Lebon*, 1995, pp. 119-120

CE, 27/10/1995, « *Commune de Morsang-sur-Orge* », req. n° 136.727, *Rec. Lebon*, 1995, p. 372 ; concl. P. FRYDMAN

CE, 28/2/1996, « *Monsieur FAUQUEUX* », req. 106582, *Rec. Lebon*, 1996, pp. 52-53

CE, 10/7/1996, « *Société direct mail promotion et autres* », req. n°168702-168734-169631-169951, *Rec. Lebon*, 1996, pp. 277-280

CE, 26/7/1996, « *Association Narbonne liberté 89* », req. n°130363 et 130450, *Rec. Lebon*, 1996, tables, p. 696

CE, 1ère et 4e ssr, 26/7/1996, « *CHS Sainte-Marie de Cayssols* », req. n°158029, [en ligne], *Légifrance*, mentionné aux tables ; *Droit Administratif*, nov. 1996, p. 32, n° 545, comm. Cl. ESPER

CE Ass., 28/3/1997, « *Société BAXTER et autres* », req. n° 179049, 179050, 179054, *Rec. Lebon*, 1997, pp. 115-119 ; *RFDA* 1997, pp. 450 et s, concl. J.-Cl. BONICHOT et note F. MELIN-SOUCRAMANIEN

CE, 17/11/1997, « *CHS de Rennes* », req. n°168606, *Rec. Lebon*, 1997, pp. 433-435 ; *Droit Administratif*, mai 1998, pp. 26-27

CE, 9/3/1998, « *Ville de Nice* », req. n°172603, *Rec. Lebon*, 1998, tables, p. 768

CE, 30/11/1998, « *Mme ROSENBLATT* », req. n°183359, *Rec. Lebon*, 1998, tables, p. 901 et p. 987

CE, 30/11/1998, « *Société pompes funèbres européennes du Gard* », req. n° 159203, [en ligne], *Légifrance*, inédit au Recueil

CE, 5/1/2000, « *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris c/ GUILBOT* », req. n° 198530, [en ligne], site du Conseil d'Etat, <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=832>, consulté le 20/10/2009

CE, 23/2/2000, « *M. GLAZIOU* », req. n°155607, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, Avis, 3/5/2000, « *Mademoiselle MARTEAUX* », req. n°217.017, *Rec. Lebon*, 2000, pp.169-170

CE, 28/7/2000, « *Monsieur Eric ASSAD* », [= « *M. E.A.* »], req. n° 151068, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 347-352 ; *RFDA*, 2001, pp. 1239-1249, concl. S. BOISSARD, préc.

CE, 6/10/2000, « *Association Promouvoir et autres* », req. n°216901, 217800, 217801 et 218213, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 391-392

CE, 18/10/2000, « *Association Promouvoir* », req. n°213303, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 425-428

CE, 8/12/2000, « *Monsieur Gabriel MOUESCA* », req. n° 176389, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 8/12/2000, « *Monsieur Maxime FREROT* », req. n°162995, *Rec. Lebon*, 2000, pp. 589-591

CE, 9/11/2001, « *Monsieur Fabrice DESLANDES* », req. n° 235247, [en ligne], Légifrance ; *LPA*, 3/4/2002, n°67, pp. 17-18

CE, 6/11/2002 « *MOLINIER* », req. n° 234271, *Rec. Lebon*, 2002, pp. 3370-371

CE, Section, 18/12/2002, « *Madame DUVIGNERES* », req. n° 233618, *Rec. Lebon*, 2002, pp. 463-465, concl. P. FOMBEUR ; *AJDA*, 2003, p. 489-490 ; *RFDA*, 2003, pp. 289-290

CE, 7/2/2003, « *M. BENAMARA* », req. n° 242107, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 12/3/2003, « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ Monsieur FREROT* », req. n°237437, *Recueil Lebon* 2003, p. 121 ; *AJDA* 2003, pp. 1271 et s., concl. T. OLSON ; *RFDA*, sept.-oct. 2003, pp. 1012-1015

CE, 11/6/2003, « *Monsieur Michel POUZIN* », req. n°249086, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 30/7/2003, « *Garde des Sceaux c/ Monsieur Saïd-André REMLI* », req. n°252712, *Rec. Lebon*, 2003, p. 366 ; *AJDA*, 2003, p. 2090

CE, sect., 3/12/2003, « *Centre Hospitalier Spécialisé de Caen* », n° 244867, [en ligne], Légifrance

CE, ord. ref., 10/2/2004, « *Garde des sceaux c/ M. SOLTANI* », req. n°264182, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 19/5/2004, « *CRAM d'Ile-de-France c/ TRUSKOWSKI* », req. n°216039 et 216040, *Rec. Lebon*, 2004, pp. 228-232

CE, 14/10/2004, ord. référé, « *Monsieur Mario A.* », req. n° 273047, [en ligne], Légifrance mentionné aux tables

CE, 15/10/2004, « *M. FEDDAL* », req. n° 253182, *Rec. Lebon*, 2004, tables, p. 726 et p. 844

CE section, 1/4/2005, « *Mme Sylviane LAPORTE* » = « *Mme L.* », req. n°264627, *Rec. Lebon* 2005, pp. 134-136 ; *AJDA*, 13/6/2005, pp. 1231 et s.

CE, ord. référés, 27/5/2005 « *Section Française de l'OIP, M. Robert BRET, Mme Marie-Christine BLANDIN.* », req. n° 280866, *Rec. Lebon*, 2005, pp. 232-233 ; *AJDA*, 2005, pp. 1579 et s., note A. RAINAUD

CE, 8/7/2005, « *Fédération des syndicats généraux de l'Education Nationale et de la recherche publique* », req. n° 266900, *Rec. Lebon*, 2005, tables, p. 708 et p. 1061

CE, 8/9/2005, « *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/ M. BUNEL* », req. n°284803, *Rec. Lebon*, 2005, pp. 388-389

CE, 12/10/2005, « *Melle A* », req. n°270046, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 6/3/2006, « *Syndicat national des enseignants et artistes* », req. n° 262982, *Rec. Lebon*, 2006, p. 107

CE, 2/6/2006, « *CHAUDERLOT* », req. n° 275416, *Rec. Lebon*, 2006, pp. 275-277

CE, Section, 22 février 2007, « *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* », req. n°264541, *Rec. Lebon*, 2007, pp.92-94, concl. C. VEROT, pp. 94-106 ; *RFDA*, 2007, pp. 803 et s.

CE, 9/7/2007, « *Monsieur Claude DELORME* », req. n°281205, [en ligne], Légifrance ; *Rec. Lebon*, 2007, mentionné aux tables, p. 1063 et p. 1072

CE, 12/12/ 2007, « *Section Française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293993, [en ligne], Légifrance, mentionné aux Tables ; *RFDA*, 2008, pp. 1009-1010, note L. de GRAEVE

CE, Ass., 14/12/2007, « *Monsieur Pascal PAYET* », req. n° 306432, *Rec. Lebon*, 2007, pp. 498-500 ; *RFDA*, janv.-fév. 2008, p. 108

CE, Ass., 14/12/2007, « *M. PLANCHENAUT* », req. n° 290420, *Rec. Lebon*, 2007, pp. 474-476, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA*, janv.-fév. 2008, pp. 102-103

CE, Ass., 14/12/2007, « *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. BOUSSOUAR* » req. n°290730, *Rec. Lebon*, 2007, pp. 495-498, concl. M. GUYOMAR ; *RFDA*, janv.-fév. 2008, pp. 102-103

CE, 31/3/2008, « *Consorts A.* », req. n°291342, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 31/10/2008, « *Section française de l'Observatoire International des Prisons* », req. n° 293785, [en ligne], Légifrance ; *RFDA*, 2009, pp. 85-87

CE, 14/11/2008, req. n° 315622, « *Monsieur EL SHENNAWY* », *RFDA*, janv.-fév. 2009, n°1, pp. 172-173

CE, 17/12/2008, « *Section française de l'Observatoire International des Prisons* », n° 293786, [en ligne], Légifrance ; *AJDA* 2008, p. 2364 ; *AJP* 2009, p. 87

CE, 10/4/2009 « *Monsieur RIVOALLAN* », req. n°289794, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables

CE, 24/7/2009, « *Monsieur Pierre A.* », req. n° 324555, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 30/12/2009, « *Madame Catherine A* », req. n° 330266, [en ligne], Légifrance

CE, 1/4/2010, « *M. Charles SARABIA* », req. n°335753, [en ligne], Légifrance

CE, 22/4/2010, « *Monsieur A* », req. n° 338662, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables

CE, 9/6/2010, « *Monsieur Pierre A.* », req. n° 321506, [en ligne], Légifrance

CE, 24/9/2010, « *Mademoiselle Danielle A.* », req. n°339110, [en ligne], Légifrance, inédit au Recueil

CE, 24/9/2010, « *M. TOBIANA* », req. n°329628, [en ligne], Légifrance, mentionné aux tables

III. JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

III.A. – Décisions des Cours d'appel

CA Grenoble, 13/3/1931, « *Sieur ORCEL c/ Docteurs T... et C...* », *Gazette du Palais*, 1931, Jurisprudence, pp. 776-778

CA Paris, 17/3/1986, « *Assistance publique de Paris c/ PACHET et autres* », *Gazette du Palais*, 1986 (2e semestre), Jurisprudence, pp. 429-430

CA Aix-en-Provence, ch. Instr., 25/3/2004, n° 443/2004

CA Paris, 17/6/2004, « *Monsieur Max VERMOTE c/ Préfecture des Hauts de Seine* », req. n°04/06710, *JCP G*, sept. 2004, n°39, II, pp. 1641-1642, n°10139

CA Lyon, 3/12/2007, « *Madame Henriette P. et Mademoiselle Nicole P. c/ DDASS de la Loire.* »

CA de Nouméa, 29/10/2009, « *Ferdinand X* », n°08/711, [en ligne], Légifrance

CA Aix-en-Provence, 16/2/2010, n°159-J-2010, *AJP*, 2010, p. 253, note M. HERZOG-EVANS

III.B. – Arrêts de la Cour de cassation

Cass. crim. 28/2/1828, *Bull. Crim.*, 1828, n°51

Cass. civ., 27/12/1875, « *Sieur SIMILIEN c/ MESNET et MOTTET* », *Dalloz périodique*, 1876, I, p. 66-70

Cass. civ., 6/5/1936, « *Sieur ORCEL* », *Dalloz périodique*, 1936, I, pp.100-101, note J. APPLETON

Cass. req., 28/1/1942, « *TEYSSIER* », *Recueil Dalloz*, 1942, Jurisprudence, p. 63

Cass., civ.1ère, 8/11/1955, « *Docteur X c/ Delle BEYNEL* », *JCP* 1955, n°9014, note R. SAVATIER

Cass. civ. 1ère, 7/11/1961, « *ETELIN* », *Bull. Civ. I*, 1961, n° 508

Cass. civ. 1ère, 17/11/1969, « *HOFFMANN* » *Bull. Civ. I*, n° 347

Cass., civ. 1ère, 4/5/1970, « *Sieur SCALIA* », n° 69-10878, *Bull. Civ. I*, n° 152, p. 123

Cass. civ. 1ère, 9/11/1982, *Recueil Dalloz*, 1983, Jurisprudence, pp. 388 et s., note MASSIP

Cass. civ 1ère, 7/7/1983, n°83-60784, *Bull. civ. II*, n°147, pp. 103 et s.

Cass. crim., 18/10/1989, « *HAKKAR* », n° 89-80462, [en ligne], Légifrance, non publié au Bulletin

Cass. crim., 15/2/1995, n° 94-85.570, *Bull. Crim.*, 1995, n° 71, pp. 169-170

Cass. Ass., 30/6/1995, « *BELHOMME* », n° 94-20302, *Bull. Crim.*, 1995, n°4, p. 7 ; *JCP G*, 1995, II, pp. 321-322, n°22478

Cass. civ. 1ère, 25/2/1997, « *Jean-Pierre HEDREUL c/ Paul C. et autres* », req. n° 94-19685, *Bull. Civ. I*, 1997, n° 75, p. 49

Cass. civ, 1ère, 7/10/1998, n°97-10267, *Bull. Civ. I*, 1998, n°291, p. 202

Cass. crim., 19/1/1999, n° 98-82. 898, [en ligne], Légifrance, non publié au Bulletin

Cass. crim, 22/9/1999, n° 99-84.604, *Bull. Crim.*, 1999, n° 192, pp. 613-614,

Cass. civ. 1ère, 7/11/2000, n°98-17731, *Bull. Civ. I*, 2000, n°283, p. 183 ; *JCP G*, 2001, II, n°10452, note F. VIALLA

Cass.crim, 12/12/2000, n°00-83852, *Bull. Crim*, 2000, n°369, p. 1113

Cass. civ. 1ère, 9/10/2001, n° 00-14564, *Bull. Civ. I*, 2001, n°249, p. 157 ; *Recueil Dalloz* 2001, Jurisprudence, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN

Cass. crim. Avis, 21/11/2005, n°0050010P, *AJP*, 2006, n°1, pp. 44-45, note M. HERZOG-EVANS

IV. DECISIONS DU TRIBUNAL DES CONFLITS

Tr. Cflits, 8/2/1873, « *BLANCO c/ Manufacture des Tabacs de Bordeaux* », req. n° 00012, [en ligne], Légifrance ; *Recueil Dalloz*, 183, n° 3, pp. 20 et s, concl. DAVID

Tr. Cflits, 6/4/1946, « *MACHINOT c/ Préfet de police* », *Rec. Lebon*, 1946, p. 326

Tr. Cflits, 22/2/1960, « *Dame FARGEAUD d'EPIED* », req. n°1.647, *Rec. Lebon*, 1960, pp. 855-856

Tr. Cflits, 6/11/1978, « *Sieur BERNARDI c/ Association hospitalière Sainte-Marie* », req. n°2.087, *Rec. Lebon*, 1978, p. 652 ; *AJDA*, 1979, pp. 35-36

Tr. Cflits, 12/1/1987, « *Madame LAUNAY c/ Assistance publique de Paris* », req. n°02.436, *Rec. Lebon* 1987, pp. 443-444 ; *AJDA*, 1987, pp. 427-428, note J. MOREAU ; *RDSS* 1987, pp. 416-421, concl. J. MASSOT

Tr. Cflits, 24/10/1994, « *Préfet de Mayotte c/Mahamoudou AHMADA et Madame TOIANTI-ALI* », req. n°02937, *Rec. Lebon*, 1994, pp. 607-608

Tr. Cflits, 17/2/1997, «*Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ MENVIELLE* », req. n° 03045, *Rec. Lebon*, 1997, pp. 525-526

Tr. Cflits, 22/3/2004, «*DESHAYES c/ CHS de la Sarthe* », req. n° C3341, *Rec. Lebon*, 2004, pp. 515-516 ; *RFDA*, 2004, pp. 1030

Tr. Cflits, 26/6/2006, «*Monsieur Mickaël A.* » [= «*Président du Conseil de Paris c/ Préfet de police de Paris* »], req. n°C3513, *Rec. Lebon*, 2006, pp. 634-635

V. DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Décision n°60-8 du 11 août 1960, «*Loi de finance rectificative pour 1960* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision du Conseil Constitutionnel n°69-57 L du 24 octobre 1969, «*Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°76-70 DC du 2 décembre 1976, «*Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision Conseil Constitutionnel, n° 73-51 DC, 27/12/1973, «*Loi de finances pour 1974* » dite «*Taxation d'office* », *Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel*, 1973, pp. 25-26

Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, «*Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale, spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale* », *Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel*, 1975, pp. 22-23

Décision n°78-97 DC du 27 juillet 1978 «*Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, «*Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales* » dite «*Ponts à péage* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 80-120 DC du 17/7/1980, «*Loi modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 80-127 DC des 19 et 20/1/1981, «*Loi renforçant la sécurité des personnes* » dite «*loi Sécurité et libertés* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, «*Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 81-130 DC du 30/10/1981, «*Loi portant abrogation de la loi n°80-564 du 21 juillet 1980 modifiant les articles 13, 14 et 15 de la loi d'orientation de l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968 et portant modification des articles 14 et 15 de ladite loi* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°83-156 DC du 28 mai 1983, «*Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°83-162 DC des 19-20 juillet 1983, «*Loi relative à la démocratisation du secteur public* », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1983, pp. 49-66

Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, «*Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 84-183 DC du 18/1/1985, «*Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises* », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, «*Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1986, pp. 61-75

Décision n° 89-260 DC, du 28 juillet 1989, « Loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1989 , pp. 71-80

Décision n°90-283 DC du 8 janv. 1991, « Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, « Loi de finances pour 1991 », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1990, pp. 95-106

Décision n° 90-287 DC du 16 janvier 1991, « Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision du Conseil Constitutionnel n°92-308 DC du 9 avril 1992, « Traité sur l'Union européenne », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, « Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction » dite « Urbanisme et construction », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel* 1994, pp. 40-46

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, « Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, « Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 « Loi organique portant statut de la Polynésie française », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, 1996, pp. 43-57

Décision du Conseil Constitutionnel n° 96-380 DC du 23 juillet 1996 « Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel* 1996, pp. 107-110

Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, « Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, « Loi relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains », *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel* 2000, pp. 176-189

Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, « Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, « Loi pénitentiaire », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°2010-25 QCP du 16/9/2010, « Monsieur Jean-Victor C. », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°2010-71 QPC du 26/11/2010, « Mademoiselle Danielle S. », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

Décision n°2010-62 QPC du 17/12/2010, « M. David M. », [en ligne], site du Conseil Constitutionnel

TEXTES NORMATIFS

I. LOIS

Loi du 30 juin 1838 dite « loi sur les aliénés », Recueil Duvergier, pp. 490 et s.; Législation des aliénés et des enfants assistés, tome 1, pp. 33-45

Loi du 5 juin 1875 « sur le régime des prisons départementales », *Code des prisons*, tome 6, partie 1, pp. 251-253

Loi du 21 décembre 1941 portant sur la réorganisation des hôpitaux et hospices civils, *JORF* du 30/12/41, pp. 5574 et s.

Loi n° 46-628 du 8 avril 1946 « sur la nationalisation de l'électricité et du gaz », *JORF* du 09/04/46, pp. 2651 et s.

Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 «portant réforme du droit des incapables majeurs », *JORF* du 04/01/68, pp. 114 et s.

Loi n°68-978 du 12 novembre 1968, dite loi Edgar Faure « d'orientation de l'enseignement supérieur », *JORF* du 13/11/68, pp. 10579 et s.

Loi n°70-643 du 17 juillet 1970, « tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens », *JORF* du 19/07/70, pp. 6751 et s.

Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970, « portant réforme hospitalière » *JORF* du 03/01/71, pp. 67 et s.

Loi n°75-701 du 6 août 1975, « modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale », *JORF* du 07/08/75, pp. 8035 et s.

Loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 dite loi Caillavet « relative aux prélèvements d'organes (prélèvements sur personnes vivantes et sur des cadavres à des fins thérapeutiques ou scientifiques), *JORF* du 23 décembre 1976, pp. 7365 et s.

Loi n°78-17 du 6 janvier 1978, dite loi Foyer « relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », *JORF* du 7 janvier 1978, pp. 227 et s.

Loi n° [1][2]78-753 du 17 Juillet 1978 [3][4]« portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal », *JORF* du [5] 18 juillet 1978, pp. 2851 et s.

Loi n°78-1097 du 22 novembre 1978 « modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale », *JORF* du 23/11/78, pp. 3926 et s.

Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 « relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public », *JORF* du 12/07/79, pp. 1711 et s.

Loi n° 80-2 du 4 janvier 1980 « relative à l'automatisation du casier judiciaire, *JORF* du 5 janvier 1980, pp. 40 et s.

Loi n°81-82 du 2 février 1981 dite loi Peyrefitte « renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes », *JORF* du 03/02/81, pp. 415 et s.

Loi n° 83-8 du 07 janvier 1983 « relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *JORF* du 9 janvier 1983 , pp. 215 et s.

Loi [6][7]n° 83-634 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors « portant droits et obligations des fonctionnaires », *JORF* du 14 /07/1983 pp. 2174 et s.[8]

Loi n°83-663 du 22 juillet 1983 « complétant la loi n° 83-8 du 07-01-1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat (1) », *JORF* du 23/07/83, pp. 2286 et s.

Loi n°83-675 du 26 juillet 1983, « relative à la démocratisation du secteur public » (DSP), *JORF* du 27/07/83, pp. 2326 et s.

Loi n°84-576 du 9 juillet 1984 « tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice », *JORF* du 10/07/1984, pp. 2177 et s.

Loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 « portant diverses dispositions d'ordre social (DDOS) », *JORF* du 26/07/85, pp.8471 et s.

Loi n° 85-1468 du 31 décembre 1985 « relative à la sectorisation psychiatrique », *JORF* du 01/01/86, pp. 7 et s.

Loi n° 86-33 du 09 janvier 1986 dite loi Le Pors « portant dispositions statutaires relatives à la fonction hospitalière », *JORF* du 11/01/86, pp. 535 et s

Loi n° 86-1019 du 9 septembre 1986 « relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance », *JORF* du 10/09/1986, pp. 10954 et s.

Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 « relative au service public pénitentiaire », *JORF* du 23/06/87, pp. 6775 et s.

Loi n° 90-9 du 02 janvier 1990 « portant diverses dispositions relatives au temps de travail, à la garantie des indemnités complémentaires des bénéficiaires des stages d'initiation à la vie professionnelle et à la mise en oeuvre du droit à la conversion dans les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire (1) », *JORF* n°3 du 04/01/90, pp. 122 et s.

Loi n°90-526 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation (1), *JORF* n°150 du 30/06/90, pp. 7664 et s.

Loi n°90-527 du 27 juin 1990 « relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation (1) », *JORF* n°150 du 30/06/90, pp. 7664 et s

Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 « relative à l'aide juridique », deuxième partie consacrée à « l'aide à l'accès au droit », *JORF* n°162 du 13/07/91, pp. 9170 et s.

Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 « portant réforme hospitalière », *JORF* n°179 du 01/08/91, pp. 10255 et s.

Loi n°91-646 du 9 juillet 1991, « relative aux correspondances émises par voie de télécommunications ». *JORF* n°162 du 13/07/91, pp. 9167 et s.

Loi n°92-125 du 6 février 1992, « d'orientation relative à l'administration territoriale de la République (1) », *JORF* n°33 du 08/02/92, pp. 2064 et s.

Loi n°94-43 du 18 Janvier 1994 « relative à la santé publique et à la protection sociale », *JORF* n° 15, du 19/01/94, pp. 960 et s.

Loi n°94-89 du 1 février 1994 « instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale (1) », *JORF* n°27 du 02/02/94, pp. 1803 et s.

Loi n°94-630 du 25 juillet 1994 « modifiant le livre II bis du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales (1) », *JORF* n°171 du 26/07/94, pp. 10747 et s.

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 « relative au respect du corps humain (1) », *JORF* n°175 du 30/07/94, pp. 11056 et s.

Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 « relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (1) », *JORF* n°175 du 30/07/94, pp. 11060 et s.

Loi n°95-125 du 8 février 1995 « relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (1) », *JORF* n°34 du 09/02/95, pp. 2175 et s.

Loi n° 97-1159 du 19 décembre 1997 « consacrant le placement sous surveillance électronique comme modalité d'exécution des peines privatives de liberté (1), *JORF* n°295 du 20/12/97 pp. 18452 et s.

Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 « relative à la lutte contre les exclusions », *JORF* n°175 du 31/07/98, pp. 11679 et s.

Loi n° [9][10]99-641 du 27 juillet 1999, « portant création d'une couverture maladie universelle », *JORF* n°172 du 28/07/99, pp. 11229 et s.

Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 « relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (1) », *JORF* n°88 du 13/04/00, pp. 5646 et s. (texte n°1), *BOMJ* n°90 (du 1er avril au 30 juin 2003).

Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 « portant création d'une Commission nationale de déontologie de la sécurité » *JORF* n°131 du 07/06/00, pp. 8562 et s. (texte n° 2)

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (1) », *JORF* n°138 du 16/06/00, pp. 9038 et s.

Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 « relative au référé devant les juridictions administratives », *JORF* n°151 du 01/07/00, pp. 9948 et s. (texte n° 3)

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 « relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *JORF* du 05/03/02, pp. 4118 et s. (texte n° 1)

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 « d'orientation et de programmation pour la justice (1) », *JORF* du 10/09/02, pp. 14934 et s. (texte n° 1)

Loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003 relative au financement de la sécurité sociale pour l'année 2004 (1), *JORF* n°293 du 19/12/03, pp. 21641 et s. (texte n°1)

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1) », *JORF* n°59 du 10/03/04, pp. 4567 et s. (texte n° 1)

Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 « encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (1) », *JORF* n°65 du 17/03/04, pp. 5190 et s. (texte n° 1)

Loi n°2004-800 du 6 août 2004 « relative à la bioéthique (1) », *JORF* n°182 du 07/08/04, pp. 14040 et s. (texte n° 1)

Loi n°2004-801 du 6 août 2004 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (1) », *JORF* n°182 du 07/08/04, pp. 14063 et s. (texte n° 2)

Loi n°2004-810 du 13 août 2004 « relative à l'assurance maladie », *JORF* n°190 du 17/08/04, pp. 14598 et s. (texte n° 2)

Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (1), *JORF* n°36 du 12/02/05, pp. 2353 et s. (texte n° 1)

Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 « relative au traitement de la récidive des infractions pénales (1) », *JORF*, n°289 du 13/12/05, pp. 19152 et s. (texte n° 1)

Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (1), *JORF* n°81 du 05/04/06, pp. 5097 et s. (texte n° 1)

Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 « tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (1) », *JORF* n°55 du 06/03/07, pp. 4206 et s. (texte n° 5)

Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 « relative à la prévention de la délinquance (1) », *JORF* n°56, du

07/03/07, pp. 4297 et s.

Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 « portant réforme de la protection juridique des majeurs (1) », *JORF* n°56 du 07/03/07, pp. 4325 et s. (texte n° 12)

Loi n°2007-1198 du 10 août 2007, « renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (1) », *JORF* n°185 du 11/08/07, pp. 13466 et s. (texte n° 1)

Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 « instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté », *JORF* n°253 du 31/10/07, pp. 17891 et s. (texte n° 1)

Loi n°2008-174 du 25 février 2008 « relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JORF* n°0048 du 26/02/08, pp. 3266 et s. (texte n° 1)

Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires », *JORF* n°0167 du 22/07/09, pp. 12184 et s. (texte n° 1)

Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 dite « loi pénitentiaire (1) », *JORF* n°0273 du 25/11/09, pp. 20192 et s. (texte n° 1), *JORF* n°59 du 10/03/04, pp. 4567 et s. (texte n° 1)

Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 « tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (1) », *JORF* n°0059 du 11/03/10, pp. 4808 et s. (texte n° 2)

Projet n°2494 du 5 mai 2010 « relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge », [en ligne] site de l'Assemblée nationale, consulté le 14/03/2011

II. ORDONNANCES

Ordonnance royale du 9 avril 1819 « portant établissement d'une Société royale des prisons », *Code des prisons*, p. 73.

Ordonnance royale du 18 décembre 1839 « portant règlement sur les établissements publics et privés consacrés aux aliénés », *Législation des aliénés et des enfants assistés*, tome 1, pp. 82-91

III. DECRETS

Décret du 11 février 1958 relatif à « l'organisation du travail thérapeutique dans les hôpitaux psychiatriques », *JORF* du 14 /2/1958, p. 1645

Décret n°68-968 du 8 novembre 1968 « relatif aux conseils des établissements d'enseignement public au niveau du second degré », *JORF* du 9 /11/ 1968 pp. 10497 et s.

Décret n°74-27 du 14 janvier 1974 « relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et hôpitaux locaux », *JORF* du 16 /01/ 1974 pp. 603

Décret n°75-402 du 23 mai 1975 « modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3ème partie : décrets), *JORF* du 27 /05/ 1975 pp. 5268 et s.

Décret n°77-904 du 8 août 1977 « portant modification du décret 66-874 du 21-11-1966 portant RAP relatif au statut des fonctionnaires extérieurs de l'administration pénitentiaire et notamment de son art. 1 : attributions des fonctionnaires susvisés régis par l'ordonnance du 04-02-1959 relative au statut général des fonctionnaires et par l'ordonnance 58696 du 06-08-1958 relative au statut spécial des personnels de services extérieurs de l'administration pénitentiaire », *JORF* du 10/08/77 pp. 4142 et s.

Décret n°79-506 du 28 juin 1979 « portant code de déontologie médicale », *JORF* du 30 /06/ 1979 pp. 1568 et s.

[11][12]Décret n° 82-191 du 26/2/1982 « supprimant le second alinéa de l'article 70-1 du Code de procédure pénale relatif aux établissements ou quartiers haute sécurité », *JO* du 27/2/1982, p. 689

Décret n°83-1025 du 28 novembre 1983 « concernant les relations entre l'administration et les usagers », *JORF* du 3 /12/ 1983 pp. 3492 et s.

Décret n°85-836 du 6 août 1985 « modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3ème partie : décrets), *JORF* du 8 /08/1985, pp. 9063 et s.

Décret n°86-602 du 14 mars 1986 « relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique ». *JORF* du 19 /03/ 1986 pp. 4612 et s.

Décret n°87-249 du 8 avril 1987 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur », modifié par le décret n°2005-585 du 27 mai 2005 », *JORF* du 9 /04/ 1987, pp. 4046 et s.

Décret n°[13][14]93-193 du 8 février 1993 «modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale (3e partie : Décrets) », *JORF* n°36 du 12 /02/ 1993, p. 2340

Décret n°94-666 du 27 juillet 1994 « relatif aux systèmes d'informations médicales et à l'analyse de l'activité des établissements de santé publics et privés et modifiant le code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) », *JORF* n°180 du 5 /08/ 1994, pp. 11395 et s.

Décret n°95-260 du 8 mars 1995 « relatif à la commission consultative départementale de sécurité et d'accessibilité », *JORF* n°59 du 10 /03/ 1995 pp. 3754 et s.

[15][16]Décret n°96-287 du 2 avril 1996 « relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du Code de procédure pénale (troisième partie. Décrets) ». NOR: JUSE9640017D, *JORF* n°82 du 5 /04/ 1996, p. 5260

[17][18]Décret n°98-1099 du 8 décembre 1998 « modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'organisation et au fonctionnement des établissements pénitentiaires » NOR: JUSE9840060D, *JORF* n°285 du 9 /12/ 1998, pp. 18498 et s.[19][20]

Décret n°[21][22]99-276 du 13 avril 1999 « modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et portant création des services pénitentiaires d'insertion et de probation », *JORF* n°87 du 14 /04/ 1999, pp. 5478 et s.

Décret n°2000-1115 du 22 novembre 2000 « pris pour l'application de la loi no 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative », *JORF* n°271 du 23 /11/ 2000, pp. 18611 (texte n° 6)

Décret n°2001-583 du 5 juillet 2001 « pris pour l'application des dispositions du troisième alinéa de l'article 31 de la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et portant création du système de traitement des infractions constatées « , *JORF* n°155 du 6 /07/ 2001 pp. 10779, (texte n° 13)

[23][24]Décret n° 2002-663 du 30 avril 2002 « modifiant le Code de procédure pénale et portant création des centres pour peines aménagées » NOR: JUSE0240085D, *JORF* n°102 du 2/05/ 2002 page 7952, (texte n° 43)

[25][26]Décret n° 2002-1023 du 25 juillet 2002 « pris pour l'application de l'article 24 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 à l'administration pénitentiaire et relatif aux mandataires susceptibles d'être choisis par les personnes détenues », NOR: JUSE0240125D, *JORF* du 1/8/2002, pp. 13098 et s., (texte n° 11)

Décret n°[27][28]2003-259 du [29][30]20 mars 2003, « [31][32]modifiant le Code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à la classification des établissements pénitentiaires, à la répartition des détenus dans les établissements pénitentiaires et portant diverses autres dispositions destinées à améliorer le fonctionnement et la sécurité des établissements pénitentiaires », *JORF* n°69 du 22 /03/ 2003 page 5131, (texte n° 5)

Décret n°2004-1021 du 27 septembre 2004 »portant modification du code pénal et du code de procédure pénale (deuxièmes parties : Décrets en Conseil d'Etat) et relatif notamment au stage de citoyenneté, à la composition pénale, aux sûretés prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire et à la juridiction de proximité », *JORF* n°227 du 29 /09/ 2004, pp. 16718 et s. (texte n° 15)

Décret n°2005-213 du 2 mars 2005 « relatif à la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge et modifiant le code de la santé publique (partie réglementaire) », *JORF* n°53 du 4 /03/ 2005 pp. 3770 et s. (texte n° 9)

Décret n°2005-434 du 6 mai 2005 « relatif à l'organisation et à l'équipement sanitaires et modifiant le

code de la santé publique (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et le code de l'action sociale et des familles (deuxième partie : partie Réglementaire), *JORF* n°106 du 8 /05/ 2005 pp. 7993 et s. (texte n° 5)

Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 « relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur », *JORF* n°124 du 29 /05/ 2005 page 0 (texte n° 5)

[33][34]Décret n° 2006-337 du 21 mars 2006 « modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et relatif aux décisions prises par l'administration pénitentiaire » NOR: JUSK0640022D *JORF* n°70 du 23 /03/ 2006 pp. 4347, (texte n°18)

Décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'isolement des détenus. NOR : JUSK0640023D, *JORF* n°70 du 23 /03/ 2006 pp. 4349 et s., (texte n° 19)

Décret n°2006-1258 du 14 octobre 2006 « modifiant le décret n° 2001-583 du 5 juillet 2001 portant création du système de traitement des infractions constatées dénommé « STIC », *JORF* n°240 du 15 /10/ 2006 pp. 15319 (texte n° 3)

Décret n°2007-1627 du 16 novembre 2007 « modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et renforçant le recours aux aménagements de peines et la lutte contre la récidive », *JORF* n°268 du 18 /11/ 2007 pp. 18903 (texte n° 8)

Décret n°2006-1411 du 20 novembre 2006 « portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé " JUDEX " », *JORF* n°270 du 22 /11/ 2006, (texte n° 5)

[35][36]Décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 « relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ». NOR: JUSK0774498D, *JORF* n°0062 du 13 mars 2008, (texte n° 21)

Décret n°2008-1281 du 8 décembre 2008 « relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires », *JORF* n°0287 du 10 /12/ 2008 pp. 18777 et s. (texte n° 2)

Décret n°2009-471 du 28 avril 2009 « relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires », *JORF* n°0100 du 29 /04/ 2009, pp. 7242 (texte n° 1)

Décret n°2010-355 du 1 avril 2010 «relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple », d'application immédiate », *JORF* n°0079 du 3/04/2010, pp. 6498, (texte n° 13)

Décret n°2010-526 du 20 mai 2010 « relatif à la procédure de sortie immédiate des personnes hospitalisées sans leur consentement prévue à l'article L. 3211-12 du code de la santé publique », *JORF* n°0117 du 22/05/2010, pp. 9437 (texte n° 7)

Décret n°2010-692 du 24 juin 2010 « précisant les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *JORF* n°0146 du 26 juin 2010 pp. 11532 et s., (texte n° 8)

Décret n°2010-1276 du 27 octobre 2010 « relatif aux procédures simplifiées d'aménagement des peines et à diverses dispositions concernant l'application des peines », *JORF* n°0251 du 28 /10/ 2010, pp. 19360, (texte n° 6)

Décret n° 2010-1277 du 27 octobre 2010 « relatif à la libération conditionnelle et à la surveillance judiciaire et portant diverses dispositions de procédure pénale ». NOR : JUSD1012905D. *JORF*, n°0251 du 28/10/2010, pp. 19365 et s., texte n° 7

[37][38]Décret n°2010-1278 du 27 octobre 2010 « relatif aux modalités d'exécution des fins de peines d'emprisonnement en l'absence de tout aménagement de peine » NOR: JUSD1020234D *JORF* n°0251 du 28 /10/ 2010, pp. 19367 et s. (texte n° 8)

Décret n°2010-1634 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) », *JORF* n°0300 du 28 /12/ 2010 , pp. 22783 et s., (texte n° 12)

Décret n° 2010-1635 du 23 décembre 2010 « portant application de la loi pénitentiaire et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) », *JORF* n°300 du 28/12/10, pp. 22796 et s. (texte n° 13)

Décret n°2010-1711 du 30 décembre 2010 « portant Code de déontologie du service public pénitentiaire », *JORF* n°0303 du 31/12/ 2010 (texte n° 44)

IV. ARRETES

Arrêté du 13 janvier 1801 « sur la nourriture, le travail et le coucher des prisonniers. *Code des prisons*, tome 1, p. 22

Arrêté réglementaire du 25 décembre 1819 sur la police des prisons départementales. *Code des Prisons*, tome 1, pp. 79-85

Arrêté du 10 mai 1839 et instruction « sur le nouveau régime disciplinaire dans les maisons centrales. *Code des Prisons*, pp. 242-252

Arrêté et instruction du 29 mai 1842 « sur l'organisation des veillées dans les maisons centrales ». *Code des Prisons*, pp. 378 à 381

Arrêté du 8 juin 1842 « sur la justice disciplinaire » et instruction « sur l'organisation de prétoires de justice disciplinaire dans les maisons centrales ». *Code des prisons*, tome 1, pp. 381-396

Arrêté du 28 mars 1844 « sur la nouvelle répartition du produit du travail des condamnés. Instruction jointe ». *Code des prisons*, pp. 439-447

Arrêté du 20 mars 1857 [portant règlement du service intérieur des asiles d'aliénés], *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome I, pp. 175-236

Arrêté du 5 février 1938, remplaçant le règlement du service intérieur du 20 mars 1857 par le règlement modèle dont le texte est annexé au présent arrêté » [en ligne], ascodocpsy.org, consulté le 14/03/2011.

Arrêté du 14 octobre 1986 n° 8935 [39][40]« relatif au règlement intérieur-type des unités pour malades difficiles ». *JORF* du 23/11/1986, pp. 13-16[41]

Arrêté du 14 décembre 1986 « relatif au règlement intérieur type fixant organisation des services médico-psychologiques régionaux relevant des secteurs de psychiatrie en milieu pénitentiaire ». [en ligne], Légifrance. consulté le 14/03/2011.

Arrêté du 26 février 1992 « relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques ». *JORF* du 11 /03/ 1992, pp. 3536 et s.

Arrêté du 19 avril 1994 « relatif à l'informatisation du suivi des personnes hospitalisées sans leur consentement en raison de troubles mentaux et au secrétariat des commissions départementales des hospitalisations psychiatriques ». *JORF* 30 /04/ 1994, pp. 6328-6329

Arrêté du 29 juin 2006 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité en psychiatrie et à la transmission d'informations issues de ce traitement dans les conditions définies aux articles L. 6113-7 et L. 6113-8 du code de la santé publique « .NOR: SANH0622688A. *JORF* n°156 du 7 /07/ 2006, pp. 10217 et s., (texte n° 56)

Arrêté interministériel du 18 juillet 2006 « portant approbation des règles de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements pénitentiaires et fixant les modalités de leur contrôle ». NOR: INTE0600604A. *JORF* n°192 du 20 /08/ 2006 pp. 12278 et s.,(texte n° 1)

Arrêté du 6 Juillet 2009 « fixant le règlement intérieur du centre socio-médico-judiciaire de sûreté de Fresnes ».NOR: JUSK0900131A. *JORF*, n°0185 du 12 /08/ 2009, p. 13390, (texte n° 8)

V. CIRCULAIRES

Circulaire du 16 juillet 1819 « sur l'amélioration du sort des aliénés ». *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome 1, pp. 10-16.

Circulaire du 3 septembre 1819 « sur la formation des commissions de surveillance, sur l'emploi des fers et des cachots, la séparation des sexes, la suppression de la cantine ». *Code des prisons*, tome 1, pp. 76-77

Circulaire du 1er septembre 1836 du ministre de l'Intérieur « sur la correspondance des condamnés des maisons centrales ». *Code des Prisons*, tome 1, p. 186

Circulaire du 5 août 1839 concernant l'exécution des articles 1, 25, 26, 27 et 28 de la loi du 30 juin 1838. *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome 1, pp. 60-82

Circulaire du 24 avril 1840 « sur l'instruction primaire dans les maisons centrales ». *Code des prisons*, tome 1, pp. 269-273

Circulaire du 14 août 1840 « relative au placement des aliénés non-dangereux » *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome 1, pp. 97-105

Circulaire Règlement général pour les prisons départementales, 30 octobre 1841, *Code des Prisons*, tome 1, pp. 341-360

Circulaire du 28 mai 1844 « sur les détenus appartenant au culte protestant et au culte israélite, dans les prisons départementales », *Code des prisons*, tome I, pp. 462-463

Circulaire du 21 avril 1848 du Ministre de l'Intérieur « sur la réorganisation des travaux dans les maisons centrales ». *Code des prisons*, tome 2, pp. 156-157

Circulaire du 20 mars 1857 « portant envoi [de l'arrêté daté du même jour et] du règlement du service intérieur des asiles d'aliénés] ». *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome I, pp. 173-236

Circulaire du 15 janvier 1860 « portant institution de commission de surveillance auprès des asiles privés fonction d'asiles publics ». *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome I, pp. 242-244.

Circulaire du 20 mars 1868 « circulaire d'ensemble », *Code des prisons*, tome 4, pp. 355-377

Instruction du 10 août 1875 pour l'application de la loi du 5 juin [portant le règlement spécial pour les prisons départementales soumises au régime de l'emprisonnement individuel], *Code des Prisons*, tome 6 partie 2, pp. 291-333.

Circulaire du ministre de l'Intérieur du 28 octobre 1875 « sur la correspondance des prévenus et des accusés ». *Code des prisons*, tome 6, p. 398

Circulaire ministérielle du 5 février 1938 [avec en annexe règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques], *Législation sur les aliénés et les enfants assistés*, tome I, pp. 38-73

Circulaire n° 148 du 21 août 1952 du ministre de la Santé publique et de la population « relative au fonctionnement des hôpitaux psychiatriques » pp. 309-335

Circulaire DGS/HS n° 476-7 du 4 juin 1957.

Circulaire du 4 février 1958 « portant organisation du travail des malades mentaux en traitement dans les hôpitaux psychiatriques », non parue au Journal officiel.

Circulaire du 15 mars 1960 « relative au programme d'organisation et d'équipement des départements en matière de lutte contre les maladies mentales ».[en ligne], site du Centre Hospitalier Charcot, <http://www.ch-charcot56.fr/textes/c150360.htm>, consulté le 20/05/2009

Circulaire du 4 août 1981 « relative à l'exercice du droit de grève dans les établissements visés par l'article L. 792 du code de la Santé Publique (1) » abrogeant les circulaires n° 365 du 26 mai 1967, n°2669 du 13 juillet 1973. *BO du Ministère de la solidarité nationale et du Ministère de la Santé* n° 81/37

Circulaire du 11 juin 1982, *BOMJ* 1982, p. 174

[42][43]Circulaire AP 88-16 du 27 décembre 1988 « relative aux règlements intérieurs des établissements pénitentiaires », NOR : JUSE8840070C. *BOMJ*, 1988, n° 32, pp. 111-128[44]

Circulaire du 23 février 1989 dite «ROCARD « relative au renouveau du service public ». NOR : PRMX8910096C. *JORF* du 24/2/1989, pp. 2526-2529.

Circulaire du 22 octobre 1990 « Régime des établissements du programme 13 000 affectés à l'exécution des courtes peines ». NOR : JUSE 9040078 C, *BOMJ* n° 40, 1990, pp. 133-139

Fiches d'information du 13 mai 1991 « relatives à l'application de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation » *BOMS*, n° 91/24 , pp. 142 et s

Circulaire du 26 juillet 1995 « relative à la préparation et à la mise en oeuvre de la réforme de l'Etat et des services publics ». NOR : PRMX9500950C. *JORF* du 28/7/1995, pp. 11217-11219

Circulaire AP 96-03 du 2 avril 1996 « relative au régime disciplinaire des détenus » , NOR : JUSE9640025C [45][46] *BOMJ* n° 96/62, pp. 120-211

Circulaire AP du 29 mai 1998 « Prévention des suicides dans les établissements pénitentiaires », NOR : JUSE9840034C. *BOMJ* n° 98/71, pp. 184-193

Circulaire du 9 mai 2003 « relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ». NOR : JUSE0340055C. [en ligne], *BOMJ*, n° 90 du 1er Avril au 30 juin 2003, consulté le 17/03/2011

Circulaire AP-2000-08 DIR du 21 juillet 2000, « Généralisation du projet d'exécution de peine aux établissements pour peine ». NOR : JUSE0040058C .[en ligne], *BOMJ* n°83, du 1 juillet au 30 septembre 2001, consultée le 17/7/2010.

Circulaire n° AP 2000-05 du 31 octobre 2000, « Procédure disciplinaire des détenus », NOR : JUSE0040087C, [en ligne], *BOMJ* n° 80, consulté le 17/03/2011.

Circulaire n° 2001-053 du 28 mars 2001. « Partenariat avec le monde professionnel. Code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire ». NOR : MENG0100585C. *BOEN* n° 14, du 5 avril 2001 page 691

Circulaire DGS/SD 6 C n° 2001-603 du 10 décembre 2001, demandant aux préfets de prendre leurs dispositions pour justifier une mesure de placement en HO.

Circulaire AP 2002-06 du 29 mars 2002 « d'orientation sur l'enseignement en milieu pénitentiaire et convention annexée du 29 mars 2002 ».NOR : JUSE0240076C.[en ligne] *BOMJ* n° 86, du 5 avril 2002, consulté le 14/03/2011.

Circulaire AP 2003-02 du 18 mars 2003 « Expérimentation d'Unités de visite familiale (3 sites pilotes) ». NOR : JUSE0340043C.[en ligne], *BOMJ* n° 89 du 18 mars 2003, consulté le 17/03/2011.

Circulaire du 9 mai 2003 « relative à l'application pour l'administration pénitentiaire de l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration », NOR : JUSE0340055C,[en ligne], *BOMJ* n°90, consulté le 14/03/2011.[47]

Circulaire interministérielle DHOS/DGS/DSS/DGAS/DAP n° 2005-27 du 10 janvier 2005 « relative à l'actualisation du guide méthodologique relatif à la prise en charge sanitaire des personnes détenues et à leur protection sociale ». NOR : SANH0530013C. *BOMS* 2005-02 du 15 mars 2005, pp. 70 et s.

Circulaire DGAS/3B n° 2005-418 du 29 août 2005 « relative aux modalités de conventionnement et de financement des groupes d'entraide mutuelle pour personnes souffrant de troubles psychiques »,NOR : SANA0530380C , *BOMS* 2005/10 du 15 novembre 2005, pp. 79 et s.

Circulaire n° 2006-90 du 2 mars 2006 « relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée ». NOR : SANH0630111C. 2006/4 du 15 mai 2006 pp. 25-31

[48][49] Circulaire DAP 2006-3092 du 24 mai 2006 « relative au placement à l'isolement ». NOR : JUSK0640117C. *BOMJ* n° 102 du 1 avril au 30 juin 2006, 21 p.

Circulaire CRIM 2006-14 du 16 juin 2006 « relative à la présentation des dispositions résultant de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales concernant le droit pénal et la procédure pénale. ». NOR : JUSD0630079C. *BOMJ*, n° 102 (1er avril au 30 juin 2006), 18 p.

Circulaire DGS/6B/DHOS/O2 n° 2007-203 du 16 mai 2007 « relative à l'organisation du dispositif de prise en charge et de soins en addictologie ». NOR : SANP0730376C, *BOMS* °n 6 du 15 juillet 2007,

pp. 136 et s.

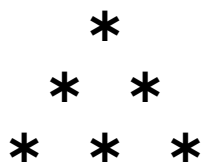
Circulaire 2008--01 du 28 janvier 2008 « relative au placement sous surveillance électronique mobile » NOR : JUSD0802234C. *BOMJ* 2008-01 du 29 février 2008, texte 17, 20 p.

Circulaire DGS/MC2 n° 2008-79 du 28 février 2008 relative à la mise en place des centres de soins, d'accompagnement et de prévention en addictologie et à la mise en place des schémas régionaux médico-sociaux d'addictologie NOR : *SJSP0830130C*. *BOMS* n°3 du 15 avril 2008, pp.186 et s.

Circulaire de la DAP du 26 mars 2009 relative aux unités de vie familiale (UVF) NOR : JUSK0940004C. *BOMJ*, n° 2009-02 du 30 avril 2009, texte 18, 5 p.

[50][51] Circulaire du 30 avril 2009 « relative aux unités de vie familiale (UVF) ». NOR : JUSK0940004C. *BOMJ*, 2009/2, texte 18

Circulaire du 11 janvier 2010, « Modalités d'application de l'article L. 3211-11 du Code de la santé publique. Hospitalisation d'office. Sorties d'essai », [en ligne], Législation psy, <http://www.legislation-psy.com/spip.php?article2345>, consulté le 27/4/201



INDEX

Les nombres renvoient aux numéros de pages.
Les occurrences dans les notes de bas de page ne sont pas prises en compte.

A

Accès aux soins : 223, 249, 407, 475, 635, 636-638, 641.

ANCEL (M.) : 144, 145.

Anti-psychiatrie :

- **anglaise** : 142, 521.

- **italienne** : 142, 521-522.

- **psychothérapie institutionnelle** : 140, 150, 172-173, 198, 243, 245, 246, 523, 678.

Voir **BONNAFE (L.)**.

Assignment :

- **à résidence avec surveillance électronique** : 545-547

- **à domicile** : 563-564

Association : 155, 156, 215, 241, 254, 274, 410, 439, 587, 591, 629, 637, 672, 675, 677-681.

- **liberté d'** ~ : 343, 353, 574, 647-650

Aumônier : 97, 112, 119, 151, 152, 168, 236, 414, 415, 573, 577, 629, 644.

Voir **Religion**.

B

Bicêtre : 37, 38, 40, 41, 44, 55, 61, 73, 75, 106, 380, 381.

BONNAFE (L.) : 141, 142, 244, 688.

C

Camisole

- ~ **physique** : 65, 75, 208, 243.

- ~ **chimique** : *voir* **Médicament**.

Cellule : 39, 43, 65, 85, 114, 115, 117-121, 128, 152, 158, 170, 180, 214-217, 219, 227, 230, 234-239, 241, 248-252, 267, 283, 289, 301, 307, 311, 322, 327, 328, 329, 344, 349, 419, 430, 501, 586, 587, 595, 607, 612, 613, 614, 615, 625, 626, 630, 638, 644, 658, 663, 671.

- **encellulement collectif** : 97, 215, 607, 615.

- **encellulement individuel** : 241-244, 249, 615, 625, 113-120, 214, 241.

Voir **Conditions de vie (surpopulation)**.

Voir **Domicile**.

Voir **Isolement**.

Centre de détention (CD) : 147, 197, 215-217, 219, 220, 221, 224, 248, 251, 350, 403.

Centre pour peine aménagée (CPA) : 169, 217, 197, 241, 248, 350, 511, 682.

Centre de semi-liberté (CSL) : 217, 197

Chambre d'isolement : 205, 247, 299, 300, 302, 304, 338, 395, 408, 613, 625, 638, 669.

Charenton : 38, 41, 45, 61, 380, 381, 455.

Chef de service : 80, 85, 88, 88-89, 239, 247, 255, 257, 289, 301, 308, 313, 315, 319, 325, 336, 339, 340, 397, 405, 408, 430, 619, 684.

Citoyenneté : 360, 568, 569, 570, 573, 579, 580, 581, 583, 650, 676, 682.

- ~ **administrative** : 650-683

Communication

Voir **Téléphone**

Voir **Correspondance**

Compétence juridictionnelle (double) : 495-498

Conditions de vie : 72-75, 120, 126, 127-140, 242-255

- **conditions de détention** : 17, 127, 146, 147, 155, 263, 267, 310, 312, 316, 354, 408, 599, 600, 601, 636, 681.

- **surpopulation / surpeuplement** : 38, 50, 118, 132, 146, 147, 212, 214, 239, 240, 243, 244, 248, 249, 250, 432, 438, 513, 607, 630, 638, 670.

Confiance : 140, 145, 152, 210, 245, 272, 280, 293, 302, 333, 334, 352, 450, 460, 463, 464, 488, 542, 564, 570, 575, 639.

régime de ~ : 171, 175, 176, 565,
Voir **Placement à l'extérieur**.
Voir **Semi-liberté**.

Confidentialité : 152, 281, 536, 618, 619, 630, 621, 632, 644, 661.

- **droit à la ~** : 626-630
Voir aussi **Secret médical**.
Voir aussi **Fichage**.

Consentement :

- **droit au ~** : 290-298

- **soin sans ~** : 18, 160, 184, 186, 266, 277, 295, 302, 340, 394, 404, 430, 431, 441, 443, 452, 471, 480, 481, 482- 485, 487, 488, 490, 493, 500, 518, 519, 521, 523, 524, 535, 537, 541, 592, 598, 613, 616, 639, 640, 642, 649, 681

Contention : 39, 75, 93, 205, 247, 254, 289, 299, 301, 302, 304, 333, 334, 430, 613, 667.
Voir **Contrainte**.

Contrainte : 244, 254, 300, 301, 352, 355, 395, 541, 602, 661.

- **contrainte par corps** : 213.

- **entraves** : 39, 607.
Voir **Camisole**
Voir **Contention**
Voir **électrochocs / ECT**
Voir **Isolement**
Voir **PSE**
Voir **PSEM**

Contrôle :

- **externe / extérieur** : 53, 54, 55, 85, 96, 97-99, 100, 260, 261-282, 381, 430, 438, 613.

- **par instances internationales** : 272-276
Voir **Contrôleur général des lieux de privation de liberté**.

- **interne** : 55, 57, 99-101, 258- 261, 608

- **neutralisation des ~** : 282-288.

- **liberté sous ~** : 27, 446, 535 – 565.
Voir aussi **Assignment** (à résidence avec surveillance électronique/à domicile)
Voir aussi **Contrôle judiciaire**
Voir aussi **Fichage**
Voir aussi **Libération conditionnelle**
Voir aussi **Surveillance judiciaire des personnes dangereuses**
Voir aussi **Placement sous surveillance électronique**
Voir aussi **Placement sous surveillance électronique mobile**
Voir aussi **Sortie d'essai**
Voir aussi **Suivi socio-judiciaire**
Voir aussi **Surveillance de sûreté**

- **psychiatrique (~ de la décision)** : 481, 486.

~ **social** : 55, 466, 488, 535, 536, 540, 541, 543, 545, 550, 552, 559, 562, 630, 631, 692.

Contrôle judiciaire (mesure de) : 146, 505, 506, 507, 509, 544- 545, 546.

Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) : 170, 251, 276-282, 285, 301, 313, 438, 483, 616, 673.

Correspondance : 55, 85, 108, 109, 122, 127, 152, 155, 160, 163, 165-169, 203, 215, 229, 235, 236, 252, 254, 305, 572, 588, 594, 618, 620, 626-629, 646, 660.

- **courrier** : 95, 165, 166-168, 236, 280, 281, 572, 576, 592-594, 618, 619, 626-628, 646.

D

Dangerosité : 23-26, 40, 176, 188, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 220, 221, 222, 225, 299, 304, 305, 315, 347, 359, 362, 430, 451, 489, 518, 522, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 539, 540, 554, 560, 561, 563, 565, 655.

- **sujet dangereux** : 22, 23-26, 35, 36, 38, 40, 59, 109, 126, 206, 207, 209, 216, 226, 230,

231, 233, 242, 243, 307, 317, 320, 333, 373, 380, 438, 449, 461, 462, 489,
492, 517, 526, 527, 528, 536, 537, 538, 541, 554, 558, 560, 565, 604, 633.

Dignité humaine : 206, 209, 278, 535, 591, 595, 605-610.

Discipline : 34, 40, 46, 52, 56, 57, 63, 64-66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 75, 79, 80, 82, 84, 85, 87, 89, 92, 94,
99, 100, 123, 125, 126, 128, 129, 130, 159, 175, 183, 225, 227, 231, 242, 248, 267, 300, 306,
316-320, 324, 332, 334, 349, 352, 372, 383, 397, 424, 428, 429, 430, 436, 573, 577, 651,
657, 675.

- **procédure disciplinaire** : 324-332.

- **disciplinaire**

Voir Isolement .

Voir Placement ~ .

Voir Quartier ~ .

Voir Droit ~ .

Voir Régime (~).

Domicile : 416.

Don d'organes et expérimentations médicales : 610-612.

Droits fondamentaux

- **droit à la vie** : *Voir Vie* (droit à la ~)

- **droit au respect de la dignité humaine** : *Voir Dignité humaine*

- **droit à la protection contre les expérimentations médicales et dans le cadre du don d'organes** *Voir Don d'organes et expérimentations médicales.*

- **droit à la sûreté**. *Voir Sûreté*

- **droit à la protection de la vie privée**. *Voir Vie privée.*

- **droit à la protection de la santé** : *Voir Santé*

- **liberté d'association** : *Voir Association.*

- **liberté religieuse** : *Voir Religion*

- **liberté d'opinion** : 645

- **liberté d'expression** : 645-647

- **liberté de réunion** : 344, 648-650.

- **droit à un procès équitable** : *Voir Procès équitable.*

- **droit de vote** : *Voir Droit de vote.*

- **droit syndical** : 342, 343, 353

Droit à la culture : 155-159, 585-587.

Voir Radio.

Droit à l'information :

Voir Information

Droit à l'oubli : 556, 558, 565-566, 686.

- **effacement des fichiers** : 634, 635,

- **effacement du casier judiciaire** : 556.

Droit de la défense : 330, 493, 501-504, 592, 593, 647.

- **droit à un avocat** : 329, 332.

Droit de vote : 342, 415, 569, 575, 576, 582, 583, 584, 592.

Droit disciplinaire : 92, 196, 219, 235, 237, 316, 320, 321-332, 334, 335, 352, 353, 354, 424.

E

Education : 95, 115, 195, 212, 241, 249, 275, 368, 426.

- **droit à l'~** : 155, 585, 587-589,

Electrochocs / ECT : 133, 244, 289.

Entreprise générale : 70, 71, 100, 102-104, 112, 115, 117, 126, 129, 377, 378-379, 382, 383, 384-386,
438.

ESQUIROL (J.E.D.) : 37, 49, 54, 65, 69, 74, 75, 79, 108, 116, 123, 381, 460, 464, 571.

F

Famille : 40, 45, 53, 61, 63, 67, 71, 97, 107, 108, 109, 150, 153, 161, 164, 167, 168, 169, 170, 172, 174,
175, 177, 190, 199, 212, 216, 217, 253, 265, 271, 298, 338, 347, 355, 373, 380, 388, 389, 390,
406, 410, 411, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 459, 460, 461, 462, 464, 466, 473, 474, 482,
487, 488, 490, 512, 523, 535, 536, 537, 538, 542, 547, 563, 572, 573, 589, 613, 616, 623, 624,
627, 629, 641, 646, 679, 680.

Voir aussi Unité Vie Familiale

Faute

- **disciplinaire** : 92, 321-323, 331, 348, 615, 649.

Fichage : 537-539, 555-558, 566, 632.

- (**fichiers**) : 146, 280, 620, 622, 630-635, 640, 659, 660.

Voir Droit à l'oubli.

Fleury-Mérogis : 241, 252.

Formation professionnelle : 103, 176, 190, 193, 214, 254, 259, 323, 420, 439, 511, 547.

- **droit à la ~** : 585, 587-589.

Fouille :

- **~ des détenus** : 203, 230, 512, 608, 614, 671.
 - **~ à corps / intégrale** : 163, 203, 230, 237, 283, 307, 355, 512, 607, 608, 609, 610.
- **~ des locaux / des affaires** : 203, 230, 283, 614, 625, 663.

Voir Traitements inhumains et dégradants

Fresnes : 120, 223, 608.

G

Gratuité

- **absence de ~** : *voir* Pistole
voir Payant
- **principe de ~** :

Grève

Voir Service public (principe de continuité).

H

Hospitalisation

- **~ sur demande d'un tiers (HDT)** (décision):470-471, 472-476, 481-487, 487-488.
- **~ d'office (HO)** (décision) :470-471, 476-481, 481-489.
- **~ sous contrainte (HSC)** (décision) : 470-490.

I

Infirmier : 109, 124, 135, 141, 184, 197, 199, 200, 207, 208, 224, 243, 244, 247, 249, 285, 300, 302, 333, 337, 373, 406, 485, 572, 618, 637, 642.

Voir aussi Soignant.

Information :

- **droit à l'information** : 155, 158-159, 229, 587,
- **du détenu / du malade** (sur sa situation) : 97, 149, 150, 158, 159, 167, 170, 233, 239, 256, 267, 285, 286, 292-298, 331, 348, 349, 351, 414, 478, 482, 593, 610, 611, 616, 621, 630, 631, 632, 639, 6453, 658-663, 667, 683.
- **médicale** : 292-298,542, 661.

Voir Télévision.

Voir Radio

Inspection

Voir Contrôle externe.

Intégrité :

- **physique** : 251, 278, 394, 441, 612, 613, 615, 620, 622, 623.
Voir Don d'organes et expérimentations médicales.
- **psychique** : 278, 394, 441, 612, 620, 622, 623,
Voir Traitements inhumains et dégradants

Intérêt général :27, 81, 89, 105, 193, 365, 367-368, 370, 371, 372, 383, 388, 394-395, 399, 401-402, 410, 412, 413, 423, 569, 651, 652, 653, 655, 664, 676, 677.

- **concept** (dans les SP) : 367-368, 394.
- **mission dans l'institution pénitentiaire** :371
- **mission dans l'institution psychiatrique** : 367, 371.

Internet : 167, 170, 564, 617, 620, 660, 668.

Intimité : 20, 120, 163, 204, 244, 249, 251, 252, 278, 408, 606, 607, 608, 630, 628.

- **droit à l'~** : 622-626.

Isolement :

- dans l'institution pénitentiaire : 112-113, 114-120.
- ~ administratif : 307, 219, 228, 229, 252, 254.
- Voir aussi* **Quartier d'isolement**
- dans l'institution psychiatrique : 108-112, 121-122.
- ~ thérapeutique : 97, 108, 519.
- Voir aussi* **Chambre d'isolement**.

L

Libération conditionnelle : 153, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 187-191, 343, 467, 511, 547, 548, 559, 560, 561, 564, 565, 595..

Liberté

- d'aller et venir : 17, 40, 42, 43, 341, 342, 571, 577, 594-595, 613, 667.
- d'expression : 571, 592, 645-647, 648.
- de manifestation : 647-648.
- d'opinion : 643, 645.
- de réunion : 344, 647-649,
- religieuse : 572, 573, 577, 592, 643-645.

Voir **Aumônier**

LUCAS (Ch.) : 115, 384.

M

Maison d'arrêt (MA) : 43, 57, 59, 60, 73, 146, 162, 168, 169, 170, 197, 201, 210, 212, 213-215, 216, 218-220, 226, 227, 239, 240, 241, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 281, 311, 350, 375, 377, 408, 439, 500, 501, 513, 590, 595, 599, 607, 609, 626, 630, 658.

Maison de force : 35, 36, 38, 39, 41, 45, 51, 56, 61, 380, 452, 453.

Maison centrale (MC) : 50, 51, 52, 54, 56, 59, 60, 62, 63, 64, 68, 70-72, 73, 74, 92, 93, 103, 104, 107, 108, 116, 117, 118, 119, 125, 127, 130, 131, 132, 133, 145, 162, 168, 169, 197, 211, 215-216, 217, 218, 219, 224, 226, 227, 248, 350, 372, 373, 377, 378, 379, 382, 383, 385, 386, 409, 438, 576.

Mariage

- droit au ~ (détenu) : 585, 586, 623.

Médecin :

- certificateur : 474, 475, 479.

Voir **Soignant**.

Voir **Pouvoir médical**.

Médicament : 141, 142, 285, 287, 295, 299, 300, 301, 333, 334, 394, 430, 441, 519, 523, 573, 613, 637, 666, 681.

- psychotrope : 299, 301, 441.
- sédatifs : 299, 301, 441, 613.
- neuroleptique : 142, 245, 285.
- compliance : 540.

Mesure d'ordre intérieur : 77, 81-85, 87, 92, 95, 222, 228, 287, 300, 308-314, 315, 327, 336, 422, 619, 631, 656, 663.

Milieu ouvert : 153, 180, 195, 547, 554.

Voir **Libération conditionnelle**.

Voir **Placement** (placement à l'extérieur).

Voir **PSE**.

Voir **PSEM**.

Voir **Semi-liberté**.

N

Neutralisation : 18, 30, 32, 54, 97, 113, 257, 282-287, 364, 433, 519, 520, 524, 525, 527, 546, 548, 566.

- lutte contre la ~ : 286-288.

Voir **Contrôle** (~ des contrôles).

O

Ordre intérieur : 85-89, 92, 94.

P

Parcours (Projet) d'exécution de peine (PEP) : 163, 211, 220, 221, 240, 511, 529, 657, 682.

PINEL (Ph.) : 37, 44, 46, 47, 48, 49, 54, 63, 65, 66, 68, 69, 74, 75, 108, 121, 123, 380, 376, 574.

Pistole : 120, 131, 373.

Placement :

- ~ **à l'extérieur** : 175-176, 178, 188, 217, 511.

- ~ **disciplinaire** : 152, 165, 167, 236, 252, 254, 344, 628.

- ~ **à l'isolement** : 24, 234, 355, 400.

Voir aussi **Quartier d'isolement**.

Voir **PSE / PSEM**

- ~ **sous contrainte**

- ~ **d'office** : 23, 183, 390, 451, 455, 460-461, 464-465, 466, 470, 480, 535, 536, 537.

- ~ **volontaire** : 183, 451, 460, 461-463, 464, 466, 470, 535.

Placement sous surveillance électronique (PSE) (bracelet électronique) : 178-179, 411, 439, 508, 524, 545, 546, 547.

Placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) : 191, 411, 439, 560-562.

Pouvoir

- **arbitraire** : 288, 298-301.

- **disciplinaire** : 66, 88, 90, 91, 115, 130, 269, 279, 288, 315-335, 383, 436, 534.

- **discrétionnaire** : 78, 81, 82, 83, 84, 87, 88, 88-89, 222, 231, 288-335, 336, 348, 450, 627, 647, 663.

- **du chef de service** : 85, 88, 89, 239, 247, 289, 301, 308, 339, 340, 397, 684.

Voir **Chef de service**.

- **médical** : 80, 94, 245, 289-305, 488, 522.

- **normatif** : 78, 424.

- **pouvoirs publics** : 17, 26, 34, 35, 38, 40, 41, 45, 50, 70, 71, 78, 86, 102, 107, 108, 114, 118, 136, 143, 153.

- **réglementaire** : 87, 88, 89, 342, 343, 397, 418, 659.

Prérogative de puissance publique : 370, 394, 395, 401, 430, 436, 441.

Présomption d'innocence : 42, 501, 502, 527, 531, 543-544, 565, 575, 583.

Prévenu : 18, 38, 49, 59, 118, 119, 120, 127, 131, 132, 159, 160, 162, 164, 165, 167, 168, 169, 170, 187, 203, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 218, 219, 226, 249, 263, 371, 373, 400, 420, 457, 458, 467, 500, 501, 505, 506, 515, 516, 543, 575, 577, 583, 588, 595, 629, 634, 639, 643, 646, 647, 657.

Principes : *Voir* **Service public**

Prison départementale : 51, 57, 59, 62, 71, 74, 79, 98, 99, 116, 117, 118, 120, 127, 131-132, 372, 384, 385, 386, 387, 393, 577.

Privatisation : 195, 379, 432, 434, 435, 438, 439, 441, 516.

- **non-privatisation** : 443.

Procès équitable :

- **droit à un** ~ : 332, 334, 467, 491, 501-504, 506, 532.

Voir **Droits de la défense**.

Voir **Présomption d'innocence**.

Punition : 23, 25, 30, 33, 35, 42, 46, 58, 65, 70, 79, 85, 90, 92, 94, 102, 114, 121, 124, 125, 128, 129, 144, 145, 199, 209, 234, 235, 236, 237, 243, 245, 252, 302, 314, 316, 317, 332, 333, 352, 3775, 386, 420, 435, 448, 457, 468, 505, 515, 518, 520, 524, 525, 528, 557, 596, 613, 624.

Q

Qualité

- **droit à la** ~ : 635, 658, 659, 663-673, 678, 683.

Voir **Santé** (qualité des soins)

Quartier

- ~ **arrivants** : 238-240,

- ~ **courte peine** / « ~ **nouveaux concepts** » : 240-242.

- ~ **disciplinaire** : 234-238, 628, 152, 165, 167, 225, 252, 254, 322, 344.
- ~ **d'isolement** : 227-234.
- ~ **haute sécurité (QHS)** : 226-227, 229, 230, 233.

R

Radio : 146, 180, 236, 586, 644.

Récidive : 23, 97, 115, 116, 117, 118, 119, 147, 153, 177, 179, 188, 231, 506, 511, 513, 526, 527, 529, 530, 531, 534, 548, 549, 550, 553, 558, 561, 634.

- **lutte contre la ~** : 115, 118, 188, 515, 527, 532, 553, 557, 562.
- **prévention de la ~** : 147, 148, 240, 394, 551, 552, 554, 555, 560, 561, 565, 606, 657.

Recours

- **pour excès de pouvoir** : 82-85, 86, 228, 287, 301, 310, 312, 351, 617.

Réduction de peine : 548-549.

Référé-liberté : 232, 286, 324, 328, 496.

Régime

- **différencié (prison)** : 218, 220-224, 225, 344, 353, 403, 590.
- **disciplinaire** : 91, 175, 177, 203, 242, 321.
- **progressif** : 145, 177, 187, 211.

Règlement intérieur : 64, 65, 66, 71, 79, 80, 93, 94, 133, 135, 162, 169, 194, 226, 234, 241, 248, 251, 283, 285, 300, 307, 319, 322, 334, 336, 338, 339, 340, 344, 347-350, 373, 400, 410, 455, 574, 593, 613, 615, 616, 617, 622, 649, 662.

Rétention de sûreté : 189, 526-535, 562, 563, 566, 691.

Régie Industrielle des Etablissements Pénitentiaires (RIEP) : 404.

S

Saint-Alban : 140, 150, 172, 197.

Sainte-Anne : 106, 111, 196.

Sanction

- ~ **disciplinaire** : 95, 146, 152, 167, 203, 222, 230, 235, 236, 237, 314, 316, 321, 323-324, 332, 333, 348, 436, 625, 628, 648.
- **pouvoir de ~** : 269, 274.

Santé :

- **dossier médical / Dossier Médical Personnel (DMP)** : 633, 640, 661.
- **information médicale (du patient)** : 292-298, 661.
- **protection santé** : 37, 295, 394, 400, 442, 443, 592, 622, 635-643.
- **qualité des soins** : 245, 247, 406, 541, 635, 637, 667-670, 679.

Voir Accès aux soins.

Voir Secret médical.

Voir Sécurité (Sécurité sociale).

Secret médical : 154, 204, 269, 463, 473, 483, 542, 550, 626, 632, 633, 638, 641.

Sectorisation / secteur psychiatrique : 141, 143, 149, 171, 172, 174, 198, 199, 200, 201, 207, 208, 224, 246, 336, 337, 403, 411, 641.

Sécurité :

- **droit à**
 - **la sécurité matérielle** : 613-615, 577
 - **la sécurité juridique** : 615-620
- **sécurité publique** : 34, 99, 190, 203, 212, 225, 317, 371, 372, 394, 410, 433, 434, 449, 479, 480, 498, 536, 555, 565, 632, 649, 655, 656, 657, 661.
- **Sécurité sociale** : 143, 154, 400, 421, 637, 679.

Semi-liberté : 176-178.

Service médico-psychologique régional (SMPR) : 154, 201-204, 208, 224.

Service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP) : 153, 179, 191, 241, 348, 421, 511, 512, 587, 590, 682.

Service public :

- **définition** : 392 et s.
- **caractère institutionnel** : 422-424

- ~ pénitentiaire : 392-395, 403-404.
- ~ psychiatrique : 392-395, 403-404.
- constitutionnel : 418, 419, 431, 432-435, 441.
- droits de l'usager du ~ :

voir **Qualité (droit à)**

voir **Transparence (droit à)**

- principes du ~ :
- continuité : 396-397, 405-407, 423.
- égalité : 397-398, 407-410.
- gratuité : 416-4122
- mutabilité : 401-403, 410-412, 664, 665.
- neutralité : 412-416
- participation : 673-682

Voir aussi **Usager (du service public)**

Soignant : 48, 136, 139, 140, 141, 142, 149, 151, 153, 154, 155, 184, 194, 198, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 244, 245, 247, 250, 255, 285, 286, 296, 299, 302, 304, 333, 337, 406, 407, 430, 441, 444, 482, 484, 487, 490, 492, 523, 530, 539, 540, 541, 553, 592, 602, 603, 613, 616, 618, 625, 633, 636, 637, 639, 640, 649, 655, 661, 667, 668, 681, 682, 684.

Soin :

- contrat de ~ : 183, 299, 519, 540, 661, 681.
- injonction de ~ : 191, 532, 550, 551, 552, 553, 559, 562.
- obligation de ~ : 296.
- protocole de ~ : 304, 542, 619.
- ~ sous contrainte : 184, 297, 471, 476, 485, 541.

Sortie :

- définitive : 487-490.
- d'essai : 172, 180-186, 207, 245, 289, 336, 337, 407, 537, 540-542, 594.
- immédiate : 466, 483, 494.
 - mainlevée (psychiatrie) : 492, 493, 497, 500.
 - permission de ~ : 109, 147, 155, 163, 167, 177, 178, 180, 181, 184-186, 187, 216, 217, 249, 308, 548, 595, 629, 630, 682.

Suicide / autolyse : 119, 237, 238, 244, 602, 603, 604, 615, 625, 642.

Suivi socio-judiciaire (SSJ) : 550-554.

Sûreté :

- droit à la ~ : 433, 499, 512, 527, 577, 612-620.
- mesures de ~ : 23, 26, 147, 206, 439, 471, 518, 528, 532, 538, 539, 544, 546, 550, 552, 553, 554-565.

Surveillance de sûreté : 562-563.

Surveillance judiciaire / surveillance judiciaire des personnes dangereuses (SJ ou SJPD) : 558-560.

Surveillant : 95, 110, 124, 133, 152, 154, 160, 162, 163, 165, 226, 237, 239, 243, 244, 250, 251, 268, 318, 322, 324-326, 351, 352, 374, 409, 430, 436, 437, 508, 573, 595, 614, 641, 645.

Système auburnien : 59, 115, 116, 122, 216, 251.

Système philadelphien / pennsylvanien : 114, 115, 122, 214, 215.

T

Téléphone

- droit de ~ : 166, 167, 168, 169, 170, 203, 215, 216, 217, 219, 229, 236, 289, 296, 347, 349.
- ~ portable : 167, 170, 174.

Télévision : 158, 236, 247, 586, 587, 644.

TOCQUEVILLE (A. de) : 115, 120, 384.

TOSQUELLES (F.) : 150, 151, 173.

Traitement :

- ~ ambulatoire : 183, 471.
- ~ psychiatrique : 48, 304, 429, 534, 540 et s., 681.
- ~ sanitaire obligatoire : 521.
- ~ sous contrainte : 184, 593,

Voir **consentement (soins sans).**

Voir **HO.**

Voir **HDT**.
Voir **HSC**.
Voir **Placement d'office**.
Voir **Placement volontaire**.

Traitements inhumains et dégradants : 146, 608.

- **interdiction de ~** : 596-598.

Voir **Contrôle** (extérieur par instances internationales).

Transparence : 233, 260, 261, 276, 279, 334, 357, 635.

- **administrative** : 101, 653, 657, 658, 659-663, 677, 678.

- **droit à la ~** : 659-663, 639, 653, 661, 678.

Travail : 67-70, 71-73, 102-108, 123-126.

- **contrat de ~** : 176, 177, 589, 590.

- **droit au ~** : 587-591.

Voir **Formation professionnelle**.

U

Unité de Consultations et de soins ambulatoires (UCSA) : 154, 637, 638, 642.

Unité Hospitalière spécialement aménagée (UHSA) : 201-204, 205, 224, 410, 625, 638,

Unité Hospitalière Sécurisée Interrégionale (UHSI) : 223, 410, 638.

Unité Malades Difficiles (UMD) : 184, 186, 204-208, 209, 247, 410, 484-485, 625.

Unité psychiatrique de soins intensifs (UPSI / USIP) : 208-209, 625.

Unité Vie Familiale (UVF) : 163, 164.

Usager

droits de l' ~ du service public :

voir **Transparence administrative (droit à)**

voir **Qualité (droit à)**

voir **Service public** (principe de participation)

- **figure de l' ~** : 651-653.

V

Victime : 26, 53, 54, 63, 147, 169, 190, 270, 352, 505, 508, 515-517, 521, 533, 544, 548, 566, 578, 597.

Vidéosurveillance : 621, 625.

Vie

- **droit à la ~** : 602-604, 656, 657,

Vie familiale : 163, 561, 620, 623, 629.

Voir **Unité Vie Familiale**

Vie privée

- **droit à la ~** : 561, 592, 620-635, 656.

Voir **Intimité**

Voir **Correspondance**

Voir **Domicile**

Voir **Téléphone**

Voir **Vidéosurveillance**

Voir **Fichage**

Voir **Mariage**

Voir **Confidentialité**

Vinatier : 106, 156, 196.

Violence : 23, 35, 39, 40, 69, 72, 73, 91, 114, 121, 131, 133, 198, 205, 208, 220, 234, 241, 248-250, 302, 354, 401, 472, 554, 558, 573, 577, 600, 603, 604, 607, 613- 615, 625, 630, 648.

Visite : 160-165.

- **visiteurs de prison** : 165, 235, 284, 629, 650.

- **autres visiteurs** : 149, 161, 162, 163, 164, 165, 215, 235, 250, 317, 416, 603, 613.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	7
REMERCIEMENTS	9
LISTE DES ACRONYMES ET ABREVIATIONS UTILISES	11
INTRODUCTION GENERALE	15
I. Le champ de l'étude : la privation de liberté, entre prison et folie	17
II. La problématique générale.....	22
III. La thèse soutenue	26
PREMIERE PARTIE	29
UN ETAT DES LIEUX HISTORICO-JURIDIQUE DE LA GESTION DE LA PRIVATION DE LIBERTE : CONSTRUCTION ET PREGNANCE DU PARADIGME DE L'INSTITUTION TOTALE	29
TITRE I : LE PARADIGME DE L'INSTITUTION TOTALE	31
CHAPITRE I : NAISSANCE DU PARADIGME	32
SECTION I : LA GENESE : LE TOURNANT DU XVIII ^E SIECLE	32
I. L'approche conceptuelle : la période pré-révolutionnaire	32
A ·Les prémisses d'une révolution conceptuelle dans le domaine carcéral et de la peine (1750-1789).....	33
B ·Les premières prises de conscience dans le domaine de la folie (1770-1795).....	35
II. Les conditions d'enfermement : le choc de la réalité.....	37
A ·Le manque de structures d'accueil et l'absence de spécialisation des établissements	37
B ·Deux facteurs déterminants : la taille de l'établissement et la richesse de l'individu enfermé	39
C ·La porosité des établissements : la faille persistante sur le plan sécuritaire.....	40
D ·La prise de conscience humaniste de la fin de l'Ancien Régime.....	41
III. Une charnière décisive, la Révolution.....	42
A ·La Révolution dans le cadre pénal : le Code pénal de 1791.....	42
B ·La Révolution dans le monde de la folie : entre progrès conceptuels et retours en arrière matériels.....	44
SECTION II : LA MISE EN PLACE DU PARADIGME (1792-1830)	46
Sous-section 1 : Apparition du modèle dans les discours	47
I. Apparition dans le discours médical et sa mise en pratique.....	47
II. Apparition dans le discours et les politiques pénitentiaires	49
Sous-section 2 : Constitution du « modèle » institutionnel.....	51
I. Un monde « clos » et opaque.....	52
A ·L'opacité grandissante des institutions carcérale et psychiatrique.....	52
B ·Les autorités de surveillance et de contrôle, des organes progressivement écartés ou désarmés.....	55
II. Le rassemblement de masse et la volonté de spécialisation des établissements.....	58
A ·La spécialisation des établissements.....	58
§ 1. Les difficultés de mise en place de la spécialisation dans l'institution carcérale	59
§ 2. La spécialisation dans l'institution asilaire, un processus à double détente	60
B ·La taille des structures d'accueil	62
III. La discipline : mise en place de la rigueur de l'encadrement juridique	63
A ·Le concept de discipline	64
B ·Le travail, premier vecteur d'une rigueur encore pondérée.....	67
C ·Les maisons centrales, archétypes du modèle de l'institution totale	70
Sous-section 3 : Les conditions de vie : la place et la considération portée à l'individu.....	72
I. L'enfermement des délinquants	73
II. L'enfermement des insensés	74
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	75
CHAPITRE 2 : L'AGE D'OR DU PARADIGME.....	77
SECTION I : LA VIE INSTITUTIONNELLE AU SEIN DES ENTITES TOTALES.....	77
I. L'autarcie juridique : un système générateur de ses propres règles.....	77
A ·Une création endogène de la norme	78
§ 1. Un cadre juridique constitué de simples textes administratifs	78
§ 2. Un cadre juridique internalisé : le pouvoir absolu en émergence.....	79

B · Les moyens juridiques des institutions totales : banalisation des actes ouvrant sur un pouvoir discrétionnaire voire arbitraire	81
§ 1. L'acte de pure administration et la mesure d'ordre intérieur : le principe de l'absence de contrôle juridictionnel.....	81
◇ a) L'acte de pure administration, icône de l'immunité juridictionnelle des actes administratifs	81
◇ b) La mesure d'ordre intérieur, héritière juridictionnalisée de l'acte de pure administration : 84	
§ 2. Le cadre normatif de l'institution totale comparé au droit administratif commun : les raisons d'une exorbitance juridique	85
◇ a) Le cadre normatif commun : l'« ordre intérieur » et ses implications	85
■ 1. La notion d'ordre intérieur et l'insusceptibilité de recours pour excès de pouvoir des actes considérés	86
■ 2. Le pouvoir du chef de service, un pouvoir discrétionnaire important mais borné.....	88
◇ b) Les singularités au sein des institutions pénitentiaire et asilaire:une exorbitance choisie du droit commun.....	89
■ 1. Dans le fonctionnement interne : des singularités consubstantielles à la définition des deux institutions totales	90
■ 2. Une singularité posant le risque de l'arbitraire : l'exercice du pouvoir de justice et disciplinaire au sein de l'institution	90
■ 3. L'absence d'effectivité du recours au juge, marque ultime de l'autarcie juridique.....	94
C · Inconsistance et faux-semblants des contrôles sur les deux institutions.....	96
§ 1. L'impossible contrôle externe informel.....	97
§ 2. Les inopérants contrôles externes administratifs ou judiciaires	98
§ 3. Une perversion du système : les contrôles et inspections internes aux mains de l'institution.....	99
II. L'autarcie matérielle : un système au fonctionnement clos et sans contact avec l'extérieur.....	102
A · La question du travail	102
§ 1. Le travail en prison : une autarcie absolue impossible.....	102
§ 2. Le travail des aliénés internés, une autarcie réussie au prix d'une exploitation de l'individu ?	105
B · La question de l'isolement	108
§ 1. L'isolement institutionnel dans l'institution psychiatrique.....	108
§ 2. L'isolement institutionnel dans l'institution pénitentiaire	112
Section II : Les conditions d'enfermement : la place de l'individu au sein de l'institution totale	113
I. L'isolement individuel, une mesure entre humanité et rupture du lien social	113
A · Au sein de l'institution pénitentiaire, « l'eldorado » criminologique de l'enfermement cellulaire	113
B · Au sein de l'institution psychiatrique : de l'isolement au traitement en collectivité	121
II. Le travail : pluralité des sens selon l'institution, une même grossesse sur les conditions de vie individuelles	123
A · Dans le cadre de l'institution psychiatrique, une vision strictement thérapeutique pervertie.....	123
B · Dans le cadre de l'institution carcérale, une vision économique et punitive	125
III. Au-delà du travail, la vie quotidienne : questions sur le respect de l'homme	127
A · La vie sordide des prisonniers dans les prisons françaises.....	127
§ 1. La vie inhumaine dans les centrales : l'emballage répressif niant l'être humain	127
§ 2. Les conditions de vie des prisons départementales : une moindre dureté.....	131
B · Dans les asiles psychiatriques : une vie quotidienne moins insupportable ?	133
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	137

CONCLUSION DU TITRE I 138

TITRE II : LA DECONSTRUCTION DU PARADIGME DE L'INSTITUTION TOTALE

REAGENCEMENT POUR UN NOUVEAU MODELE 139

INTRODUCTION : APERÇU HISTORIQUE GENERAL : DECONSTRUCTION DU PARADIGME DANS LE DISCOURS, RESISTANCES DANS LA PRATIQUE	140
---	-----

I. Dans le cadre psychiatrique, une révolution fortement endogène	140
II. Dans le cadre pénitentiaire, une déconstruction fortement exogène.....	144

CHAPITRE 1 : LA PERTE DE L'AUTARCIE MATERIELLE 149

SECTION I : LES RAPPORTS DE L'INSTITUTION AVEC L'EXTERIEUR : LA BRECHE CONSOMMEE DANS LA CLAUSTRATION INSTITUTIONNELLE	149
I. L'extérieur rentrant à l'intérieur	150
A · Les intervenants extérieurs professionnels ou assimilés	150
§ 1. Dans les services de psychiatrie.....	150
§ 2. En prison.....	151
B · Culture et information	155
§ 1. Dans les services de psychiatrie.....	155
§ 2. En prison	157
C · L'avocat.....	159
D · Les visites.....	160
§ 1. Dans les services de psychiatrie.....	160

§ 2. En prison	161
E ·Les communications épistolaires, téléphoniques, électroniques.....	165
§ 1. Dans les services de psychiatrie.....	166
§ 2. En prison	167
II. L'intérieur sortant à l'extérieur.....	171
A ·Les nouvelles doctrines : une banalisation de « la sortie raisonnée des enfermés »	171
§ 1. Dans le cadre psychiatrique, le principe du « secteur ».....	171
§ 2. Dans le cadre pénitentiaire : les « régimes de confiance » et l'ouverture intellectuelle et artistique.....	175
◇ a) Le placement à l'extérieur	175
◇ b) La semi-liberté.....	176
◇ c) Le placement sous surveillance électronique.....	178
◇ d) La diffusion des productions issues des détenus incarcérés	180
B ·Les modalités de sortie avant sortie définitive	180
§ 1. Les sorties d'essai ou temporaires dans le cadre psychiatrique.....	181
§ 2. Les possibilités de sortie dans le cadre pénitentiaire.....	186
◇ a) La permission de sortir	186
◇ b) La libération conditionnelle.....	187
SECTION II : UN FONCTIONNEMENT INTERNE MODIFIÉ	192
I. Des réorganisations internes entraînant un besoin de main d'oeuvre extérieure	193
A ·A l'hôpital psychiatrique	193
B ·En prison.....	195
II. Une transformation marquée dans la pierre.....	196
III. Déspécialisation et respécialisation des structures d'accueil au sein des deux institutions	198
A ·Dans l'institution psychiatrique	198
§ 1. L'institution psychiatrique, entre déspécialisation organisationnelle interne et spécialisation hors de l'institution fermée	198
§ 2. La spécialisation <i>intra muros</i> minimale : la séparation entre HSC et HL.....	199
§ 3. La respécialisation <i>intra muros</i> : la gestion des cas particuliers.....	200
◇ a) Les structures d'accueil psychiatriques des détenus : les SMPR et les UHSA	201
◇ b) Les structures ultimes : les Unités pour Malades Difficiles (UMD)	204
◇ c) Les structures intermédiaires de gestion de la violence : les USIP	208
B ·Dans l'institution carcérale.....	210
§ 1. La spécialisation des établissements	210
◇ a) Dans la théorie, une volonté officielle de spécialisation aux contenus fluctuants	210
◇ b) Dans la pratique, une spécialisation officielle mal appliquée et inaboutie	213
■ 1. Les maisons d'arrêt	213
■ 2. Les établissements pour peine	215
■ 3. Une spécialisation moins claire qu'il n'y paraît.....	217
◇ c) Une spécialisation officieuse parallèle	223
§ 2. La spécialisation interne aux établissements, par quartiers	225
◇ a) Les Quartiers de haute sécurité.....	226
◇ b) Le quartier d'isolement	227
◇ c) Le quartier disciplinaire	234
◇ d) Le quartier « arrivants ».....	238
◇ e) Le quartier « courte peine » devenu « quartier nouveaux concepts ».....	240
IV. Les conditions de vie, baromètre de la condition sociétale des « enfermés » ?	242
A ·Dans les hôpitaux psychiatriques	243
§ 1. Les années de recherche : la rupture des années 1950 - 1960.....	243
◇ a) Premier tableau : les hôpitaux psychiatriques héritiers de l'institution totale.....	243
◇ b) Second tableau : les hôpitaux psychiatriques réformateurs	245
§ 2. L'évolution salubre et « sans retour » des conditions de vie dans les services psychiatriques fermés.....	246
B ·Dans les prisons	248
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	255
CHAPITRE 2 : LA PERTE DE L'AUTARCIE JURIDIQUE	257
SECTION I : UN SYSTEME DE CONTROLE OPTIMISE, ENCORE A PARFAIRE.....	257
I. Diversité des contrôles, souvent peu performants.....	257
A ·Les contrôles issus du droit français, des contrôles inefficaces	258
§ 1. Les contrôles ou « inspections » internes : une objectivité sujette à soupçon.....	258
◇ a) Les contrôles internes	258
■ 1. En prison	258
■ 2. Dans les services de psychiatrie.....	259
◇ b) Les principes présidant à la valeur de ces contrôles internes.....	260
§ 2. Les contrôles externes, des contrôles nombreux mais inefficaces	261
◇ a) La grande diversité de contrôles externes	261
■ 1. Une forme intermédiaire de contrôle : les contrôles administratifs.....	261

■ 2. Les contrôles par l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle	262
■ 3. Les contrôles par les autorités administratives	264
■ 4. Les contrôles des autorités spécialistes	264
■ 5. Une spécificité pénitentiaire : le contrôle des Parlementaires	270
◇ b) Les critiques : inefficacité et manque de rigueur	270
B · Les contrôles par des organismes internationaux	272
§ 1. Le Comité européen pour la Prévention de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)	272
§ 2. Le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe	274
C · Un contrôleur français spécialisé dans la privation de liberté, la réponse de l'Etat à une situation insatisfaisante	276
§ 1. · Mission et pouvoirs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté,	277
§ 2. Premier bilan : une institution active mais peu écoutée	279
II. Des systèmes de contrôle en partie neutralisés par leur contexte d'exercice	282
A · Les moyens de neutralisation des individus enfermés par l'institution	282
§ 1. Les moyens de pression sur le détenu existants en prison	283
§ 2. Les moyens de neutralisation du patient sous HSC dans les services de psychiatrie	284
B · La mise en échec de ces neutralisations : une tentative au résultat décevant	286
§ 1. les recours juridictionnels internes	286
§ 2. Les recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme	287
SECTION II : LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE, HERITAGE JURIDICISE DE L'OMNIPOTENCE DECISIONNELLE	288
I. L'exercice effectif du pouvoir discrétionnaire : un pouvoir maquille et restreint	288
A · Le pouvoir discrétionnaire dans les deux institutions	288
§ 1. Le pouvoir médical au sein de l'institution psychiatrique	289
◇ a) La prise en compte du consentement du patient : le signe du changement de paradigme institutionnel	290
■ 1. Le droit au consentement aux soins du patient : un consentement « libre et éclairé »	290
■ 2. Le cas épineux du droit au consentement aux soins des personnes sous HSC	294
◇ b) Le maintien d'un pouvoir discrétionnaire médical	298
■ 1. Le médecin, entre pouvoir de la connaissance, pouvoir de soin, et prise en compte du patient-personne	299
■ 2. Le pouvoir du médecin sur son patient interné : un pouvoir trop absolu, mal contrôlé ?	302
§ 2. L'exercice du pouvoir discrétionnaire en prison	305
◇ a) Le chef d'établissement pénitentiaire, figure emblématique du pouvoir discrétionnaire	306
◇ b) Les décisions individuelles : le recul massif du pouvoir discrétionnaire	308
■ 1. La mesure d'ordre intérieur, entre déclin et maintien	308
■ 2. La nature et l'étendue du contrôle opéré par le juge administratif	314
B · Une déclinaison de l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le pouvoir disciplinaire	315
§ 1. Définition et rôles actuels de la discipline	316
§ 2. L'exercice concret du pouvoir disciplinaire dans les deux institutions	320
◇ a) Le renforcement de l'encadrement juridique formel pour une plus grande transparence du pouvoir disciplinaire en prison	320
■ 1. Fautes et sanctions dans le droit disciplinaire pénitentiaire : un effort de dénomination et de hiérarchisation	321
■ 2. La procédure disciplinaire : une volonté d'alignement apparent sur le procès pénal	324
■ 3. L'entrée de l'avocat dans le prétoire	329
◇ b) En psychiatrie, l'occultation officielle et l'exercice déguisé du pouvoir disciplinaire	332
II. La création de la norme, entre internalisation exorbitante du droit commun et intégration du processus normatif commun	335
A · En psychiatrie	336
§ 1. La progression vers une « désinternalisation » de la norme	336
§ 2. Les restes d'internalisation de la norme : l'impact exacerbé du règlement intérieur	338
B · En prison	340
§ 1. La norme à portée générale en prison	341
◇ a) Un rapport décret/loi en cours de rééquilibrage	341
■ 1. La prise de conscience de la carence législative et la solution partielle apportée par la loi du 24 novembre 2009	341
■ 2. La modération du « droit par décret » : une externalisation retenue	343
◇ b) Le droit pénitentiaire, un droit encore fortement internalisé mais en cours de rationalisation juridique	345
■ 1. Le droit réglementaire infra-décrétal : l'organisation de la prison, une internalisation pure du processus outrepassant l'acceptable juridique	345
■ 2. Un second degré de rehiérarchisation : un début de rehiérarchisation des normes réglementaires	353
§ 2. Le bémol au droit autarcique : l'entrée en jeu du droit international et européen	355
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	357
CONCLUSION DU TITRE II	359

CONCLUSION DE PARTIE I	360
SECONDE PARTIE : LECTURE FONCTIONNELLE DE L'EVOLUTION INSTITUTIONNELLE : LES INSTITUTIONS PRIVATIVES DE LIBERTE FACE AUX POUVOIRS PUBLICS ET A L'INDIVIDU.....	361
TITRE I : LES INSTITUTIONS PRIVATIVES DE LIBERTE PROGRESSIVEMENT SAISIES PAR LE DROIT PUBLIC : DE L'INSTITUTION TOTALE AU SERVICE PUBLIC.....	363
CHAPITRE 1 : L'INSTITUTION TOTALE,	364
MODE DE GESTION NATUREL DE LA PRIVATION DE LIBERTE	364
SECTION I: LES RAPPORTS ENTRE LE CONCEPT D'INSTITUTION TOTALE ET LES PREMISSES DE CELUI DE SERVICE PUBLIC.....	364
I. La première esquisse de service public moderne à la Révolution.....	364
A ·L'intérêt général, moteur et but de l'action des services publics.....	367
B ·Le rattachement à une personne publique	368
C ·Un régime juridique s'éloignant des règles du droit commun	369
II. L'institution totale, une modalité de gestion d'un service public mâtinée d'exorbitances au droit commun (1792 -1945)	371
A ·Des missions d'intérêt général	371
B ·Le rattachement à une personne publique	371
C ·Un régime juridique dérogatoire du droit commun, ... particulièrement exorbitant	372
SECTION II : LA PRIVATION DE LIBERTE, UNE IMPLICATION GRANDISSANTE DES POUVOIRS PUBLICS.....	374
I. La mise en place des modèles : l'implication respective des pouvoirs publics et du secteur privé avant 1830.....	374
A ·La façade théorique du monopole public sur l'institution carcérale.....	375
§ 1. L'Etat au pouvoir de l'institution pénitentiaire ? Les négociations budgétaires et relations d'autorité entre administrations publiques au sujet de la prison	375
§ 2. L'entrée du secteur privé dans la gestion des peines privatives de liberté : l'impact hégémonique de l'entreprise générale sur l'administration pénitentiaire.....	378
B ·En psychiatrie, la mise en place d'une politique publique d'assistance.....	380
II. L'intervention croissante des pouvoirs publics dans la prise en charge des deux institutions (1830-1945)	382
A Une instillation lente et mouvementée de l'Etat aux commandes de l'institution carcérale	382
§ 1. Après des atermoiements, vers la fin du système de l'entreprise générale.....	382
§ 2. La reprise en charge par l'Etat du financement des établissements pénitentiaires : une politique non aboutie	387
B Dans l'institution psychiatrique, l'absence de monopole public au profit de la densité territoire de l'offre.....	388
§ 1. L'offre publique départementale, la solution de principe posée par la loi de 1838.....	388
§ 2. L'offre privée, une solution subsidiaire d'accueil fortement encadrée.....	388
§ 3. Le principe posé par la loi de 1838 : une prise en charge inconditionnelle.....	390
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	391
CHAPITRE 2 : LE SERVICE PUBLIC, MODE DE GESTION MODERNE DE LA PRIVATION DE LIBERTE.....	392
SECTION I : LE GLISSEMENT DE L'INSTITUTION TOTALE VERS LE SERVICE PUBLIC : UNE CONTINUITE DANS LA REVOLUTION	392
I. Les institutions pénitentiaire et psychiatrique dans l'après-guerre, deux services publics déjà caractérisés	392
A ·La présence des trois éléments caractéristiques du service public.....	393
§ 1. L'élément organique : le rattachement à une personne publique.....	393
§ 2. L'élément fonctionnel : un but d'intérêt général	394
§ 3. L'élément matériel : l'existence d'un régime dérogatoire du droit commun.....	394
B ·Un fonctionnement respectueux des « lois de ROLLAND », socle au coeur du fonctionnement des services publics.....	395
§ 1. Le principe de continuité.....	396
§ 2. Le principe d'égalité, un principe à double visage	397
◇ a) L'égal accès au service public.....	398
◇ b) L'application du principe d'égalité dans le fonctionnement du service public.....	399
§ 3. Le principe de mutabilité	401
II. Les services publics pénitentiaire et psychiatrique aujourd'hui : des institutions aux réminiscences d'institutions totales, parfois totalitaires.....	403
A ·Les deux actuels services publics.....	403
§ 1. Deux services publics par détermination de la loi	403
§ 2. L'application des « lois de ROLLAND » dans la continuité de la période antérieure	404
◇ a) Le principe de continuité	405
◇ b) Le principe d'égalité	407
◇ c) Le principe de mutabilité	410

◇ d) Le principe de neutralité.....	412
◇ e) Le principe de gratuité : Gygès dans le droit des services publics.....	416
B · Les services publics psychiatrique et pénitentiaire, deux institutions fondées sur la privation de liberté et la discipline.....	422
§ 1. Le caractère institutionnel du service public, une continuité facilitée avec l'ancien modèle totalitaire.....	422
§ 2. « Un passé qui ne passe pas » : deux services publics construits autour de la privation de liberté, deux institutions aux réminiscences totalitaires.....	425
SECTION II : LA PLACE ACTUELLE DU SECTEUR PRIVE ET LA QUESTION DU MONOPOLE ETATIQUE	431
I. Le service public pénitentiaire, un monopole étatique	432
A · L'obligation constitutionnelle de conserver un monopole étatique : quel statut pour la force pénitentiaire ?	432
B · L'antinomie secteur privé-mainmise sur des individus : les arguments éthico-économiques.....	435
C · Les autres arguments.....	438
II. Le service public psychiatrique, un service public ouvert au secteur privé	441
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	444
CONCLUSION DU TITRE I	445
TITRE II : DE L'HOMME ANIMALISE AU CITOYEN ADMINISTRATIF : LES INSTITUTIONS	
PRIVATIVES DE LIBERTE FACE A L'INDIVIDU	446
CHAPITRE 1: LE PROCESSUS DECISIONNEL : DE L'ENFERMEMENT A LA LIBERTE SOUS CONTROLE	448
SECTION I : LA DECISION DE PRIVATION DE LIBERTE, VERS UN ENCADREMENT JURIDIQUE STRICTEMENT DEFINI DE L'EMPRISE SUR LE CORPS DE LA PERSONNE.....	448
Sous-section 1 : Les fondements d'une grave atteinte légale aux droits de la personne....	449
I. L'état des lieux avant les deux réformes fondatrices du droit actuel.....	449
A · La genèse de la décision de privation de liberté actuelle : la période ante-révolutionnaire et les lettres de cachet	449
B · La décision de la privation de liberté entre la Révolution et les réformes durables de 1808-1810 et de 1838	452
§ 1. La gestion de la folie : la discrète reprise en main de la décision par le pouvoir administratif ..	452
§ 2. La décision de placement en prison, une phase transitoire exceptionnelle entre recherche de démocratisation et recherche d'égalité.....	456
II. La stabilisation du droit : les codes de 1808 et 1810 et la loi de 1838	458
A · La décision de placement dans le cadre de l'institution psychiatrique.....	459
§ 1. Les deux types de placements créés par la loi de 1838	460
§ 2. Les garanties encadrant ces mesures de placement	461
◇ a) Les garanties dans le cadre du placement volontaire : une réponse à la défiance face aux proches et au pouvoir médical	461
◇ b) Les garanties dans le cadre du placement d'office : la confiance envers l'administration-autorité décidante du placement.....	464
§ 3. Les contrôles institués et l'autorité judiciaire, simple autorité de contrôle de la justification des placements	464
§ 4. Les modalités de sortie suite à un placement sous contrainte et l'ouverture sur le contrôle social	466
B · La décision de privation de liberté dans le cadre de l'institution carcérale.....	467
Sous-section 2 : L'état du droit actuel concernant la décision de privation de liberté.....	469
I. Dans le cadre psychiatrique, entre la loi de 1990 et la réforme en cours.....	469
A · Les deux modes d'hospitalisation sous contrainte	470
B · Les garanties	472
§ 1. Les garanties dans les procédures	472
◇ a) Les garanties entourant la procédure d'hospitalisation sur demande d'un tiers et leurs critiques.....	472
◇ b) Les garanties entourant la procédure d'hospitalisation d'office et leurs critiques.....	476
§ 2. Des contrôles de diverses natures	481
◇ a) Les contrôles administratifs et judiciaires	481
◇ b) Les contrôles médicaux	485
C · Les modalités de sortie.....	487
§ 1. Dans le cadre d'une HDT	487
§ 2. Dans le cadre d'une HO	489
D · Le système français, un système médico-administratif original.....	490
§ 1. L'architecture du système, le pouvoir administratif comme pivot décisionnel théorique	490
§ 2. La double compétence juridictionnelle.....	495
E · Une conformité reconnue du système français au droit européen	498
II. Dans le cadre pénitentiaire, une situation légale stabilisée.....	500
A · Les règles constitutives du droit au procès équitable en matière pénale	501
§ 1. La présomption d'innocence	501

§ 2. Les garanties procédurales exigées par le droit à un procès équitable	501
B ·Le placement en détention.....	505
§ 1. La mise en détention provisoire.....	505
§ 2.La privation de liberté comme peine	508
C ·La fin de la détention	508
§ 1 ·La fin de la détention provisoire.....	508
§ 2. ·La fin de la peine de prison	510
SECTION II : VERS UNE REDEFINITION ELARGIE DE LA NOTION DE PRIVATION DE LIBERTE : LA LIBERTE	
SOUS CONTROLE	513
I. la continuité dans le postmodernisme : le maintien des mesures d'enfermement.....	518
A ·Le maintien des enfermements disciplinaires ou soignants traditionnels.....	518
§ 1. Les qualités intrinsèques du concept d'enfermement. Etude théorique d'un concept encore pertinent	519
§ 2. La contestation du concept d'enfermement, du radicalisme libertaire au réductionnisme réfléchi	520
◇ a) La contestation en psychiatrie : de l'anti-psychiatrie à la pratique contemporaine, une réflexion bouillonnante.....	521
◇ b) La contestation de l'institution carcérale : de l'abolitionnisme au réductionnisme	524
B ·La mesure de rétention de sûreté, une remise en cause des principes fondamentaux du droit pénal et des valeurs républicaines.....	526
II. La continuité dans la rupture : l'instillation de la liberté sous contrôle	535
A ·Restrictions de liberté en liberté pour les personnes hospitalisées sous contrainte.....	535
§ 1. Le signalement de la sortie de l'individu.....	535
§ 2. Le fichage.....	537
§ 3. Le traitement psychiatrique dans le cadre des sorties d'essai	540
B ·Restrictions de libertés en liberté pour les prisonniers.....	543
§ 1. La privation de liberté dans une conciliation avec la présomption d'innocence : les alternatives à la détention provisoire	543
◇ a) Le contrôle judiciaire	544
◇ b) L'assignation à résidence avec surveillance électronique.....	545
§ 2. La liberté sous contrôle pour les condamnés.....	546
◇ a) Le suivi dans les limites de la peine principale.....	547
■ 1. La libération conditionnelle.....	547
■ 2. Le Placement sous Surveillance Electronique (PSE).....	547
■ 3. Les réductions de peine	548
◇ b) Le suivi dans les limites de la peine complémentaire : le suivi socio- judiciaire	550
◇ c) Le suivi post-sentenciel et les mesures de sûreté.....	554
■ 1. Le fichage	555
■ 2. La surveillance judiciaire ou surveillance judiciaire des personnes dangereuses (SJ ou SJPD).....	558
■ 3. Le Placement sous Surveillance Electronique Mobile (PSEM)	560
■ 4. La surveillance de sûreté	562
■ 5. L'assignation à domicile	563
C ·En guise de bilan : heurs et malheurs du droit à l'oubli ?	565
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	566
CHAPITRE 2 : LA DEFINITION DES RAPPORTS DE L'INDIVIDU A L'INSTITUTION AU GRE DES EPOQUES :	
DE LA NEGATION A LA RECONNAISSANCE DE LA PERSONNE ET DU CITOYEN	568
SECTION I : LA NEGATION DU CITOYEN ET DE LA PERSONNE DANS L'INSTITUTION TOTALE.....	569
I. Le malade mental : les citoyennetés civique et politique retirées, les droits fondamentaux oubliés	569
II. Le condamné : déchéance des droits politiques, suspension <i>de facto</i> des droits fondamentaux	575
SECTION II : LE CITOYEN RETROUVE. UNE DEFINITION DE LA CITOYENNETE MULTI-CONCENTRIQUE	
APPLIQUEE AUX DETENUS ET AUX PERSONNES ATTEINTES DE TROUBLES PSYCHIQUES.....	580
I. Les « enfermés », des citoyens à part entière mais des hommes aux droits fondamentaux plus aléatoires ?.....	580
A ·La reconnaissance officielle de la citoyenneté	580
§ 1. La reconnaissance de la citoyenneté des personnes atteintes de troubles psychiques : la dissociation entre mesure psychiatrique et privation des droits civiques ou politiques.....	580
§ 2. La citoyenneté des détenus, une déchéance seulement possible et temporaire	583
B ·Une reconnaissance de droits fondamentaux entre affaiblissement et renforcement par rapport aux standards communs.....	585
§ 1. Les droits civils et sociaux	585
◇ a) Droit au mariage pour le détenu	586
◇ b) Le droit à la culture pour le détenu	586
◇ c) Le droit à l'éducation et à la formation professionnelle et le droit au travail	587
§ 2. Les « droits-apanages de l'individu » : les droits et libertés physiques et intellectuels	591
◇ a) Un corpus de droits minimaux inaliénables en faveur des personnes hospitalisées sous contrainte.....	592

◇ b) La liberté d'aller et de venir.....	594
◇ c) Le noyau dur des droits de l'Homme étendu au principe fédérateur de la dignité humaine.....	595
■ 1. L'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants.....	596
■ 2. L'interdiction de l'esclavage ou du travail forcé.....	602
■ 3. Le droit à la vie.....	602
■ 4. Le droit au respect de la dignité humaine.....	605
■ 5. La protection contre les expérimentations médicales sur la personne humaine et la protection dans le cadre du don d'organe.....	610
◇ d) Le droit à la sûreté <i>largo sensu</i>	612
■ 1. Le droit à la sûreté <i>stricto sensu</i> , lutte contre la rétention arbitraire.....	612
■ 2. Le droit à la sûreté, droit à la sécurité personnelle et matérielle.....	613
■ 3. Le droit à la sûreté, droit à la sécurité juridique.....	615
◇ e) La protection de la vie privée.....	620
■ 1. Le droit à l'intimité, une sphère privée malmenée par les institutions psychiatrique et pénitentiaire.....	622
■ 2. Le droit à la confidentialité des correspondances et communications et le droit à la vie privée sociale, des droits peu appréciés par les deux institutions et à la violation légale.....	626
■ 3. Le droit à la confidentialité de ses données personnelles.....	630
■ 4. La question des fichiers, l'utilisation des données à fins sécuritaires.....	630
◇ f) Le droit à la protection de la santé et ses corollaires.....	635
■ 1. Le droit à l'accès aux soins.....	636
■ 2. Les droits du malade appliqués aux personnes hospitalisées sous contrainte et aux détenus, de l'altération dans l'application à la perte de sens de la règle.....	638
◇ g) La liberté religieuse.....	643
◇ h) La liberté d'opinion.....	645
◇ i) La liberté d'expression.....	645
§ 3. Les libertés relationnelles.....	647
II. L'enfermé et la pluralité des citoyennetés : au-delà de la citoyenneté civique, la citoyenneté administrative.....	650
A · L'enfermé, de l'usager du service public au citoyen administratif.....	651
§ 1. Les différentes figures de l'usager.....	651
§ 2. Les enfermés, des usagers de services publics administratifs.....	654
B · Les droits reconnus à l'usager, marques du statut de citoyen administratif.....	659
§ 1. Le droit à la transparence administrative.....	659
◇ a) Théorie générale.....	659
◇ b) Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire.....	661
■ 1. Dans le cadre psychiatrique.....	661
■ 2. Dans le cadre pénitentiaire.....	662
§ 2. Le droit à la qualité.....	663
◇ a) Théorie générale.....	663
◇ b) Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire.....	665
■ 1. Dans le cadre psychiatrique.....	665
■ 2. Dans le cadre pénitentiaire.....	670
§ 3. Le principe de participation.....	673
◇ a) Théorie générale.....	674
◇ b) Dans les cadres psychiatrique et pénitentiaire.....	678
■ 1. Dans le cadre psychiatrique.....	678
■ 2. Dans le cadre pénitentiaire.....	681
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	683
CONCLUSION DU TITRE II.....	686
CONCLUSION DE LA PARTIE II.....	687
CONCLUSION GENERALE.....	688
BIBLIOGRAPHIE.....	697
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	741
TEXTES NORMATIFS.....	755
INDEX.....	765
TABLE DES MATIERES.....	775